

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 22 – Numéro 1

Année : 1991-1992

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13416>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13416>

Page vide laissée intentionnellement.

LE MAUVAIS TRAITEMENT DE L'ENFANT : PERSPECTIVES HISTORIQUES ET COMPARATIVES DE LA LÉGISLATION SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE	1
Par Mario PROVOST	
THE LAW GOVERNING HUMAN EXPERIMENTATION IN QUÉBEC	77
Par Robert P. KOURI	
L'OBLIGATION IMPLICITE CONTRACTUELLE : ASPECTS DE LA FABRICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE	109
Par Pierre LEGRAND jr	
LANDLORD-TENANT, A BREACH OF A RESTRICTIVE COVENANT: DOES AN INTERLOCUTORY INJUNCTION LIE AGAINST A THIRD PARTY IN GOOD FAITH AND WITHOUT KNOWLEDGE?.....	155
Par Howard KAMINSKY	
OPHTALMOLOGISTES, OPTOMÉTRISTES ET OPTICIENS D'ORDONNANCES : CHAMPS D'EXERCICE ET CONFLITS INTERPROFESSIONNELS	175
Par Julie-Suzanne DOYON	
Chronique de droit de l'arbitrage conventionnel	
L'ARBITRE ET LA DÉTERMINATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN VERTU DE L'ARTICLE 944.10 C.P.C.....	219
Par Louis MARQUIS	
Chronique bibliographique	
L'INTENSITÉ DE L'OBLIGATION JURIDIQUE OU DES OBLIGATIONS DE DILIGENCE, DE RÉSULTAT ET DE GARANTIE	239
Par Claude FERRON	
À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE ENTRE LA MALADIE MENTALE ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE	249
Par Louise LABRÈCHE-RENAUD	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE MAUVAIS TRAITEMENT DE L'ENFANT : PERSPECTIVES
HISTORIQUES ET COMPARATIVES DE LA LÉGISLATION SUR LA
PROTECTION DE LA JEUNESSE

Auteur(s) : Mario PROVOST

Revue : *RDUS*, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 1-62

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13406>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13406>

Page vide laissée intentionnellement.

LE MAUVAIS TRAITEMENT DE L'ENFANT: PERSPECTIVES HISTORIQUES ET COMPARATIVES DE LA LÉGISLATION SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

par Mario PROVOST*

Cet article retrace les origines lointaines de la loi québécoise sur la protection de la jeunesse depuis les premières dispositions législatives britanniques et américaines protégeant l'enfant victime de mauvais traitements par les sphères publique et privée. Il analyse les motifs, parfois intéressés, ayant poussé l'État à intervenir progressivement dans la cellule familiale pour secourir l'enfant maltraité. Il décrit aussi la manière dont le droit britannique a influencé les lois canadiennes de sauvegarde de l'enfance, notamment dans les provinces de l'Ontario et du Québec. Enfin, il établit une corrélation entre le modèle traditionnel d'assistance sociale au Québec et la reconnaissance tardive de l'enfant comme sujet de droit.

This article retraces the distant origins of the Quebec Youth Protection Act to the earliest British and American laws protecting the child from social and family maltreatment. It analyses the State's interested motives in intervening progressively in the family unit to rescue the abused child. It also describes how British laws influenced Canadian child protection legislation, notably in the provinces of Ontario and Quebec. Finally, it establishes a correlation between the traditional model of public assistance in Quebec and the late recognition of children's rights.

* Membre du Barreau du Québec et chargé de cours à l'Université de Montréal. Ce texte constitue un résumé de mémoire de maîtrise dirigé conjointement par Mmes les professeures Édith Deleury et Éthel Groffier.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
PARTIE I LA PROTECTION DE L'ENFANT EXPLOITÉ ET NÉGLIGÉ: UNE PROTECTION PARRICOCHE	8
CHAPITRE I LE BESOIN DE PROTÉGER L'ENFANT EXPLOITÉ DANS LES SPHÈRES PUBLIQUE ET PRIVÉE	9
Section 1 L'enfant exploité par la société	9
Section 2 La pauvreté, source de négligence et d'exploitation de l'enfant par sa famille	17
CHAPITRE II Les premières mesures étatiques	20
Section 1 Les lois sur le travail: premier élément de protection de l'enfant dans ses rapports sociaux	21
Section 2 Les lois sur les écoles industrielles: instrument de pénétration de l'État dans la cellule familiale	28
PARTIE II LA PROTECTION DE L'ENFANT MALTRAITÉ: PREMIER PAS VERS SA RECONNAISSANCE COMME SUJET DE DROIT	34
CHAPITRE I LA GENÈSE DE LA SAUVEGARDE DE L'ENFANCE MALTRAITÉE	34
Section 1 L'évolution du droit américain	34
Sous-section 1 La condition de l'enfant maltraité	35
Sous-section 2 La naissance des Sociétés de sauvegarde	37
Section 2 L'évolution du droit britannique	40
Sous-section 1 Le développement du mouvement de sauvegarde	41
Sous-section 2 Facteurs de la mise en oeuvre de la sauvegarde de l'enfance	44
CHAPITRE II LE DÉVELOPPEMENT DE LA LÉGISLATION DE SAUVEGARDE AU CANADA	50
Section 1 Les systèmes juridiques de common law: l'exemple ontarien	51
Sous-section 1 La réception du droit anglais dans les provinces de common law	51

(1991) 22 R.D.U.S.	Le mauvais traitement de l'enfant: perspectives historiques et comparatives de la législation sur la protection de la jeunesse	3
	Sous-section 2 Le mouvement de sauvegarde en Ontario	53
Section 2	Le système juridique de droit civil: l'exemple québécois	58
	Sous-section 1 L'assistance sociale au Québec: résultat d'un contexte social et juridique particulier	58
	Sous-section 2 Le développement du mouvement de sauvegarde au Québec: vers la reconnaissance de l'enfant-sujet de droit	65
CONCLUSION		75

INTRODUCTION

Aujourd'hui, au Québec, l'enfant est traité comme un sujet de droit. La loi lui reconnaît, en outre, le droit à une protection particulière en raison de son âge et de sa situation de faiblesse dans la société. Le devoir de protéger l'enfant est très large et s'étend non seulement à sa protection dans les rapports sociaux qu'il entretient, mais aussi aux rapports le liant aux titulaires de l'autorité parentale qui ont pour mission première de veiller à ses intérêts.

L'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹ permet maintenant à l'État d'intervenir directement dans la vie privée d'une famille quand l'enfant y est maltraité. Les mauvais traitements intra-familiaux visés par la loi se rapportent à diverses circonstances. Il s'agit de tout comportement des parents qui compromet la sécurité ou le développement de leur enfant mineur sur les plans physique, moral et affectif.

Si la protection de l'enfant contre les mauvais traitements nous semble aujourd'hui un droit acquis, il n'en a pourtant pas toujours été ainsi. L'exposition², l'infanticide, la négligence et la violence ont été tolérés pendant très longtemps; ils trouvaient même appui dans le système juridique. Il suffit de se rappeler qu'au début de l'empire romain, pendant la République, la *patria potestas*³ accordée au *pater familias*, c'est-à-dire le plus ancien des ancêtres mâles qui dirige la famille (sens large), le droit de vie ou de mort sur tout enfant qui en fait partie. Ce dernier peut, entre autres, vendre l'enfant, le mettre en gage, l'abandonner, l'exposer ou le donner en adoption⁴. L'influence du Christianisme,

1. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 (ci-après désignée *L.P.J.*).

2. L'exposition, c'est-à-dire l'abandon d'un nouveau-né ou d'un enfant hors d'état de se protéger lui-même, a pu être pratiquée pour, par exemple: écarter une naissance illégitime embarrassante, se débarrasser d'un enfant handicapé, satisfaire certaines croyances religieuses primitives, ou encore, pour stabiliser la croissance de la population en temps de famine. Voir: D. BAKAN, *Slaughter of the Innocents*, Toronto, The Hunter Rose Company, 1971, pp. 26-44 et 78-106; L. DE MAUSE, «The Evolution of Childhood» dans L. DE MAUSE (dir.), *The History of Childhood*, New York, The Psychohistory Press, 1974, 1, 25 et suiv.; G. H. PAYNE, *The Child in Human Progress*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1916, p. 40 et suiv., 158.

3. Cette expression correspond à la notion de puissance paternelle, du moins telle qu'elle existait à l'époque romaine: A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 203.

4. L. F. J. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit civil français*, t. 1, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, 1846, pp. 96-107. Voir aussi: É. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité», (1974) 15 *C. de D.* 779, n° 11 et 23, pp. 787 et 792; M. C. J. OLMESDAHL, «Paternal Power and Child Abuse: An Historical and Cross-Cultural Study» dans J. M. EEKELAAR et S. N. KATZ (dir.), *Family Violence, An International and Interdisciplinary Study*, Toronto, Butterworths, 1978, 253, 254 et 255; G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 209-256; S. X. RADBILL, «A History of Child Abuse dans Infanticide» dans

qui s'est propagé à travers l'empire romain, incite le législateur à intervenir pour sanctionner les mauvais traitements les plus patents et grossiers, notamment l'abandon et l'infanticide⁵. Cette prohibition ne s'étend pas, cependant, à sa protection contre les autres types de mauvais traitements intra-familiaux, comme la négligence et la violence.

Ce n'est que vers la fin du dix-neuvième siècle que l'État décide, pour la première fois, d'intervenir dans la famille pour protéger l'enfant dont la sécurité ou le développement sont menacés par le comportement de ses parents. À cette occasion, l'État se permet de sanctionner les abus dans l'exercice de la puissance paternelle par le retrait de l'enfant maltraité de son milieu, bien que cela contrevient aux droits quasi absolus reconnus au père depuis des siècles.

Nous estimons toutefois que ce revirement majeur, qui aboutit à la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit, est survenu non pas en raison d'un désir soudain de lui faire justice, mais parce que le législateur se sentit obligé de s'immiscer dans la famille pour assurer davantage l'intérêt de la *société*.

Cette conclusion se dégage de l'analyse des premiers textes législatifs protégeant l'enfant en Grande-Bretagne et aux États-Unis, lesquels ont influencé subséquemment les lois canadiennes, notamment en Ontario et au Québec.

Dans un premier temps, notre étude décrira comment les bouleversements économiques et sociaux engendrés par la révolution industrielle en Grande-Bretagne ont entraîné l'exploitation de l'enfant par sa famille et la société. Des sentiments humanitaires poussent alors des groupes philanthropiques à exiger que l'État protège l'enfant au travail. La protection étatique s'étend ensuite à l'enfant négligé issu d'un milieu socio-économique défavorisé quand le législateur britannique reconnaît l'existence d'un lien entre la négligence parentale et la délinquance juvénile qui menace la société. Nous verrons que l'État fut ainsi amené à s'immiscer progressivement dans la cellule

R. E. HELFER et C. H. KEMPE (dir.), *The Battered Child*, 2^e éd., Chicago, The University of Chicago Press, 1974, 3, 6.

5. L. DE MAUSE, *loc. cit.*, note 2, 28; G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 252 et 253, 255 et 256, 257-271; M. P. THOMAS, «Child Abuse and Neglect, Part 1: Historical Overview, Legal Matrix and Social Perspectives» (1972) 50 *N.C.L.R.* 293, 297. Voir *contra*: D.R. WALTERS, *Physical and Sexual Abuse of Children, Causes and Treatment*, Bloomington, Indiana University Press, 1975, p. 9 et suiv. Cet auteur estime que la religion judéo-chrétienne n'a pas éliminé le problème de l'exploitation de l'enfant. Au contraire, écrit-il, le sort des enfants demeurait précaire en raison du fait que la Bible, *surtout* l'Ancien Testament, enseignait que l'enfant était totalement soumis à son père. Cette position semble partagée par un autre auteur qui signale qu'à une certaine époque, l'on fouettait les enfants le jour de la fête des Saints Innocents: S. X. RADBILL, *loc. cit.*, note 4, 3.

familiale et à prescrire des limites à l'exercice de la puissance paternelle dans le but précis de défendre la société contre les jeunes délinquants.

Dans un deuxième temps, nous analyserons les facteurs particuliers ayant déclenché ce qu'il convient de désigner, à proprement parler, comme le mouvement de sauvegarde de l'enfance maltraitée. Nous verrons que les philanthropes américains du siècle dernier ont d'abord sensibilisé la population à l'étendue du problème de l'enfance maltraitée pour ensuite fonder les premières Sociétés de sauvegarde. Ces Sociétés, ainsi que les lois de protection qu'elles firent voter aux États-Unis, ont constitué un virage important pour le mouvement de sauvegarde en Grande-Bretagne. Nous soulignerons ensuite la manière dont les lois britanniques ont influencé directement le Canada, notamment dans les provinces de common law, comme l'Ontario. Par contraste, nous constaterons que le mouvement de sauvegarde mit plus de temps à se développer au Québec, mais que l'évolution des attitudes à l'égard de la protection de l'enfance aboutit ultimement chez nous au concept de l'enfant, sujet de droit.

PARTIE I LA PROTECTION DE L'ENFANT EXPLOITÉ ET NÉGLIGÉ: UNE PROTECTION PAR RICOCHET

La protection étatique de l'enfant exploité par la société est d'abord survenue en Angleterre au début du dix-neuvième siècle. La législation engendrée par les réformes sociales fut ensuite suivie en Amérique du Nord et aboutit à la protection de l'enfant victime de négligence et d'exploitation par ses parents. En dépit du fait qu'elles paraissent destinées à sauvegarder principalement les droits de l'enfant comme individu dans la société, nous estimons que les réformes législatives adoptées progressivement par l'État ne constituent, dans les faits, qu'une protection par ricochet de l'enfant. À l'époque où elles furent votées, ces lois avaient plutôt pour but principal d'assurer l'ordre social et de préserver l'intérêt supérieur de la collectivité.

Pour mieux apprécier les facteurs sous-jacents à ces réformes sociales, nous décrirons l'exploitation dont l'enfant est victime, tant dans les sphères publique que privée, au cours de la première moitié du dix-neuvième siècle. Ensuite, nous analyserons les premières lois adoptées dans une perspective de protection.

CHAPITRE I LE BESOIN DE PROTÉGER L'ENFANT EXPLOITÉ DANS LES SPHÈRES PUBLIQUE ET PRIVÉE

La révolution industrielle⁶ constitue, sans contredit, l'événement catalyseur du mouvement de protection de l'enfant. En effet, l'industrialisation massive de l'Europe et de l'Amérique du Nord a occasionné de nombreux bouleversements socio-économiques qui ont modifié profondément les rapports de l'enfant avec la société, notamment au plan économique, ainsi que ses rapports avec la famille. L'enfant, qui n'est l'objet d'aucune forme de protection au début de l'ère industrielle⁷, est alors exploité physiquement et socialement.

Section 1 L'enfant exploité par la société

En Grande-Bretagne, l'enfant participe aux activités économiques et sociales de son pays bien avant la période industrielle. Depuis les temps médiévaux jusqu'à la veille de la révolution industrielle, il accède très tôt au marché du travail, aux environs de l'âge de sept ans. Quand l'enfant ne travaille pas avec son père, il est placé en apprentissage auprès d'un fermier, d'un commerçant ou d'un artisan des environs⁸. Le contrat d'apprentissage a pour but

-
6. La «révolution industrielle» est un terme général utilisé pour décrire la série de changements économiques qui ont transformé l'économie mondiale depuis la fin du dix-huitième et le début du dix-neuvième siècle. Elle débute en Angleterre vers 1780 et s'étend sur quatre décennies, soit jusqu'aux années 1820. L'effet premier de la révolution industrielle est de remplacer l'outil par la machine. Cette nouvelle méthode de production provoque la concentration d'ouvriers dans de larges bâtiments, le plus souvent mal aérés, constituant ainsi un danger pour la santé: A. BIRNIE, *An Economic History of Europe 1760-1939*, 7^e éd., Londres, Methuen & Co. Ltd., 1962, pp. 4-8; I. T. BEREND et G. RANKI, *The European Periphery and Industrialization 1780-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 7.
 7. Avant l'ère industrielle, certaines mesures existent déjà pour protéger l'enfant. D'une part, le régime d'incapacité sauvegarde ses biens, c'est-à-dire le patrimoine de l'enfant, ou plus particulièrement l'enfant dans ses rapports économiques avec les tiers. D'autre part, le régime d'assistance prévu dans le *Poor Law* (voir *infra*, note 10) protège la personne de l'enfant mineur, à défaut d'un cadre familial. Cependant, aucune de ces mesures n'a pour but de protéger l'enfant contre l'exploitation et les mauvais traitements infligés par sa famille.
 8. G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 312-318.

de fournir au «maître» le travail d'un «apprenti». En échange de ce travail, le premier doit loger et nourrir le second, tout en lui enseignant un métier⁹. Le contrat peut s'échelonner sur plusieurs années.

En général, le père conclut le contrat d'apprentissage pour le compte de son enfant légitime. S'il s'agit d'un enfant tombant sous l'application du *Poor Law* de 1601¹⁰, les autorités locales et paroissiales s'en chargent. Aucune loi ne réglemente les conditions d'apprentissage avant le dix-neuvième siècle. Les termes stipulés au contrat constituent donc les seules conditions que doit observer le maître en Grande-Bretagne et aux États-Unis¹¹. En dépit des

-
9. Notons que le contrat d'apprentissage vise tant les filles que les garçons. Celles-ci sont souvent mises en apprentissage en campagne sur les fermes ou sont engagées en ville comme apprenties-domestiques: J. WALVIN, *A Child's World. A Social History of English Childhood 1800-1914*, Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books, 1982, pp. 70 et 71.
10. *An Act for the Relief of the Poor*, 1601 (R.-U.) 43 Eliz I, c. 2 (ci-après désigné «*Poor Law*»). Par suite du démembrement de l'Église catholique et de son réseau d'aide charitable par Henry VIII, l'Angleterre du seizième siècle assume la responsabilité de pourvoir aux besoins des pauvres. Quand l'État anglais adopte la Loi de 1601, sous le règne d'Elizabeth I, il reconnaît son devoir d'entretenir les pauvres, tout en décourageant la dépendance des fonds publics. La loi vise trois classes d'indigents: les valides, les invalides et les enfants. Pour ce qui est de ces derniers, précisons que la loi s'applique non seulement aux enfants provenant de familles nombreuses et de parents pauvres, mais aussi aux enfants abandonnés qui sont trop jeunes (car âgés de moins de sept ans) ou malades pour subvenir à leurs besoins. Le Parlement anglais organise le régime d'assistance sur une base paroissiale et délègue aux autorités locales le devoir de distribuer les aumônes. C'est ainsi que la paroisse devient l'unité de base dans l'administration du *Poor Law*. Chaque paroisse est responsable des gens pauvres qui y vivent ou qui y ont fixé un domicile depuis un certain temps. La loi interdit aux paroisses de se débarrasser des pauvres et défend à ces derniers de changer de domicile. Les juges de comté deviennent les autorités locales compétentes pour gérer le système. Ils doivent prélever, par taxe spéciale, une contribution obligatoire auprès des propriétaires fonciers et nommer dans chaque paroisse des «*Guardians of the Poor*», c'est-à-dire des administrateurs veillant aux besoins des bénéficiaires. Quand les *Guardians* estiment que l'enfant abandonné est trop jeune ou malade pour exercer un emploi, celui-ci est placé dans un *workhouse* en compagnie de vieillards et d'adultes défavorisés. À l'origine, ces *workhouses* étaient des maisons de travail où les personnes pauvres, mais capables de travailler, étaient logées gratuitement dans l'attente que la paroisse leur trouve un emploi. Cependant, elles se transformèrent au cours des dix-huitième et dix-neuvième siècles et devinrent des asiles ou hospices organisés avec la rigidité des prisons. Voir *infra*, note 82. Si l'on estimait que l'enfant était capable de travailler, on le plaçait alors comme apprenti auprès d'un commerçant ou d'un artisan, lequel pouvait ou non vivre dans les environs: A. BIRNIE, *op. cit.*, note 6, p. 201; M. CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais. Évolution historique, Solutions traditionnelles*, Paris, L.G.D.J., 1971, n° 29, 185 et suiv., pp. 60, 271 et suiv.; G. W. OXLEY, *Poor Relief in England and Wales 1601-1834*, Vancouver, David & Charles Limited, 1974, p. 14 et s.; P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Éditions du Seuil, 1981, pp. 143 et 144.
11. Les américains ont adopté, à l'instar des anglais, un système de *Poor Law* dès les premiers jours de la colonie. M. le professeur Thomas estime que l'adoption de ce système est à l'origine de la négligence dont le gouvernement américain a fait preuve, depuis ce temps, dans sa politique à l'endroit des enfants: M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, 299. Vers l'année 1800, le régime institué en vertu du *Poor Law* est bien établi dans la plupart des seize États

dangers évidents que cela représente, le système de vie communale de l'époque offre une certaine garantie contre l'exploitation de l'apprenti par son maître. Par exemple, outre le fait que le parent d'un apprenti peut s'opposer au mauvais traitement physique de son enfant par un maître vivant dans la même région, l'éthique empêche qu'une communauté ferme les yeux devant l'exploitation physique ou morale des enfants abandonnés et négligés placés en apprentissage dans la paroisse¹².

L'intégration de l'enfant au système économique, dès un très jeune âge, semble confirmer la prétention d'Ariès voulant que le stade de l'enfance n'a pas été reconnu par la société avant le tournant du dix-septième siècle¹³. Celui-ci soutient que la coutume de l'adoption d'un costume particulier à l'enfance, qui s'est répandue dans les classes privilégiées de la société française¹⁴ à partir de la fin du seizième siècle, marque une date importante dans la formation du «sentiment» de l'enfance. Un sentiment, ajoute-t-il, qui regroupe les enfants en une classe séparée de celle des adultes.

Cependant, le concept du stade de l'enfance mit plus de deux siècles avant de se traduire concrètement sur le plan juridique. Par exemple, au début du dix-neuvième siècle, les systèmes pénal et carcéral en Grande-Bretagne et en Amérique du Nord ne distinguent nullement entre l'enfant mineur et la personne majeure. L'enfant est traité de la même manière que l'adulte: il est traduit devant le même tribunal, jugé selon la même procédure et, le cas échéant, purge la même sentence, par exemple l'emprisonnement¹⁵, la transportation¹⁶ ou la mort.

constituant à ce moment-là les États-Unis d'Amérique: H. FOLKS, *The Care of Destitute, Neglected, and Delinquent Children*, Washington, National Association of Social Workers, 1978 (réimpression de l'édition originale de 1902 par The MacMillan Company, New York), p. 3.

12. N. PARTON, *The Politics of Child Abuse*, London, MacMillan, 1985, pp. 22 et 23.

13. Cet auteur croit qu'il n'y avait pas de place au moyen âge pour l'enfant ou, du moins, qu'on ne le représentait jamais comme tel. À la suite d'une analyse approfondie de l'art français entre les dixième et vingtième siècles, Ariès affirme que l'artiste du moyen âge représentait l'enfant non pas selon son âge réel, mais plutôt comme un adulte de taille réduite. La mode vestimentaire des enfants de 5 ans et plus, telle qu'illustrée dans les tableaux de la fin du seizième siècle, s'avère identique à celle des adultes qui l'entourent. Ce n'est que vers la fin du seizième et au début du dix-septième siècle que la coutume veut que l'enfant soit considéré comme une personne de classe à part. À cette période, les vêtements pour enfants deviennent plus adaptés à leur âge et style de vie: P. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Éditions du Seuil, 1973, pp. 23, 24, 42, 43, 55 et 57.

14. Pour ce qui est des enfants du peuple, tels les paysans et les artisans, ils continuent de porter le costume des adultes: *Id.*, pp. 50 et 55.

15. N. BALA et K. L. CLARKE, *The Child and the Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited, 1981, p. 163; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 56-60. Voir aussi *infra*, note 81.

16. La transportation consistait à déporter en exil les condamnés dans les colonies, le plus souvent en Australie ou en Afrique du Sud, où ils étaient assujettis aux travaux forcés. Le législateur anglais a aboli la transportation en 1853: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 57 et

La condition de l'enfant-travailleur, à l'aube du siècle dernier, témoigne également de cette réalité. En Grande-Bretagne, à la suite de la révolution industrielle, la situation de l'apprenti s'aggrave. Sa contribution en services augmente radicalement, alors que la qualité de l'enseignement de son maître diminue en proportion. Puisqu'il n'existe aucune loi régissant les conditions de travail des enfants, le maître abuse de la situation de faiblesse de son jeune apprenti. Celui-ci, qui demeure habituellement chez l'artisan, est mal nourri et battu régulièrement. Non seulement son maître l'assujettit, par exemple, à un horaire de seize heures de travail par jour, mais en plus il l'enchaîne pour éviter qu'il ne s'enfuie¹⁷.

Aux États-Unis, la situation est identique à cette époque. Les fugues des apprentis entraînent des corrections sévères qui rappellent les châtiments endurés par les esclaves noirs retrouvés après s'être échappés¹⁸. De plus, tout comme en Grande-Bretagne, le maître n'est plus intéressé à consacrer du temps pour instruire son pupille. Il désire plutôt atteindre un rendement maximum afin d'offrir une meilleure concurrence à la production de masse des grandes usines. L'apprenti ne reçoit aucune instruction, si ce n'est le principe de fonctionnement de l'outil qu'il manie ou de la machine qu'il opère. Une fois le contrat d'apprentissage terminé, l'affranchi se retrouve le plus souvent sans emploi car il est moins onéreux pour l'ancien maître de le remplacer par un nouvel apprenti qui sera simplement logé et nourri. L'ancien apprenti se retrouve alors dans la rue, sans le sou et sans instruction, en proie au vagabondage et à la délinquance¹⁹.

Le développement de l'activité économique modifie les parties traditionnelles au contrat d'apprentissage, à savoir, d'une part, les commerçants locaux, les artisans, les fermiers et, d'autre part, les pères, ou les autorités locales en vertu du *Poor Law*. Les premiers sont remplacés, peu à peu, par les propriétaires des mines et des innombrables usines qui surgissent au cours du dix-neuvième siècle. Désormais, les contrats d'apprentissage conclus avec les

58.

17. M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, 298. Ce n'est qu'en 1802, environ vingt ans après le début de la révolution industrielle, que le Parlement britannique régleme pour la première fois l'activité des apprentis. À cette date, le législateur adopte *An Act for the Preservation of the Health and Morals of Apprentices and Others, Employed in Cotton and Other Mills, and Cotton and Other Factories*, 1802 (R.-U.), 41 & 42 Geo. III, c. 73. Cette loi, désignée comme la première des *Factories Acts*, n'a toutefois pas été respectée par les propriétaires d'usines pendant plus de trente ans, voir *infra*, Chapitre 2. Voir aussi: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 27.

18. H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, p. 41.

19. R. H. BREMNER (dir.), *Children and Youth in America, A Documentary History*, Vol. I (1600-1865), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1970, pp. 64-71 et 573-583. En Grande-Bretagne, voir: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 69 et 70.

pères ou les autorités locales prévoient que les enfants travailleront dans ces lieux.

Les propriétaires des usines de textile sollicitent particulièrement le travail des enfants. Ils se sont vite rendus compte que le nouveau système mécanisé exige la présence de nombreux salariés. Puisque plusieurs de ces tâches s'avèrent simples et répétitives, les propriétaires décident donc de les faire exécuter par eux²⁰.

Leur choix est principalement motivé par des considérations d'ordre économique. À défaut d'une loi prescrivant les conditions de travail des mineurs, les propriétaires d'entreprise n'offrent qu'une faible rémunération aux enfants, en contrepartie d'un travail de très longue durée. La main-d'oeuvre juvénile, quasiment inépuisable au siècle dernier, assure ainsi le fonctionnement des activités industrielles en Grande-Bretagne²¹.

La révolution industrielle a donc pour résultat d'encourager l'exploitation de l'enfant au travail. Ce dernier est assujéti à des conditions pénibles, pour ne pas dire atroces²². Par exemple, il est entassé dans des usines insalubres où il doit porter des chaînes aux chevilles; on le trempe dans des cuves d'eau froide pour ne pas qu'il s'endorme, malgré des horaires hebdomadaires de soixante-douze heures; il est souvent victime d'accidents de travail causées par des machines qui le mutilent²³. De plus, il développe progressivement des déformations osseuses causées par les rigueurs et les contraintes de son travail. Aussi, il est en proie aux maladies contagieuses et pulmonaires transmises par l'air pollué des mines et des usines mal aérées²⁴. Il semble également que l'enfant est exploité au plan sexuel²⁵. Comme les mines et les usines sont situées le plus souvent loin de son domicile, il est difficile pour le titulaire de la

20. G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 319.

21. Entre les années 1801 et 1901, le taux de croissance de population en Grande-Bretagne augmente sensiblement. Il passe d'un peu moins de dix millions à plus de trente-deux millions d'habitants. Pendant la majeure partie de cette période, les enfants âgés de 14 ans et moins composent près de 40% de la population: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 17-19, 62, et 69-71. Voir aussi *infra*, note 38.

22. Pour une description détaillée des souffrances endurées par les enfants travaillant dans les usines au dix-neuvième siècle, notamment dans les usines de textile, voir: W. BOWDEN, M. KARPOVICH et A. P. USHER, *An Economic History of Europe Since 1750*, New York, Howard Fertig Inc., 1970, pp. 433 et 434; R. H. BRENNER, *op. cit.*, note 19, pp. 595 et suiv. et 612 et suiv.; G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 319-331.

23. J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 51 et 64.

24. *Id.*, p. 64.

25. *Id.*, p. 139-140.

puissance paternelle d'intervenir²⁶. Mais, même quand il en a connaissance, il intervient rarement de crainte que cela n'entraîne le congédiement de son enfant et, par voie de conséquence, la perte d'une source de revenus²⁷.

Payne précise qu'à cette période, en Grande-Bretagne, les enfants sans famille sont vendus et traités comme de véritables esclaves²⁸. Ces enfants tombent sous l'application du *Poor Law* et leurs contrats d'engagement, conclus par les autorités locales situées dans chaque paroisse, les relèguent aux mines et aux usines. Aussi, ajoute-t-il, les autorités locales entretiennent souvent des liens *très étroits* avec les dirigeants d'entreprises. Les ententes négociées prévoient, en outre, le nombre d'enfants destinés à devenir des «apprentis». On les envoie par lots de vingt. Même les enfants simples d'esprit, qu'on qualifie d'«idiots», sont inclus dans ces lots. Estimant leur entretien trop coûteux, les autorités locales exigent que les entreprises les recueillent, à raison d'un idiot par lot de vingt enfants.

L'objectif d'assistance étatique à l'enfant pauvre ou sans famille est perverti par l'application ainsi faite du statut de 1601. Le *Poor Law* devient occasion et source d'exploitation. L'État, qui en théorie doit protéger l'enfant, est très lent à intervenir. Certains députés, contestant même le fait qu'il y avait là exploitation et mauvais traitements, avancent que la réglementation du travail des enfants entraînerait la réduction du revenu familial et aggraverait le problème de la pauvreté²⁹. Du reste, avant 1833, les premières tentatives d'intervention par le législateur britannique se révèlent inefficaces puisqu'aucun système d'inspection rigoureux n'a été prévu³⁰.

Quant à eux, les propriétaires d'usine ne pensent qu'à réaliser d'immenses profits. Ils se prétendent obligés d'agir de la sorte car l'État leur a imposé une part importante de la dette nationale résultant des guerres napoléoniennes. Ils estiment même que le premier ministre de l'époque, l'honorable William Pitt, leur a «conseillé» de se prévaloir de la richesse de la

26. En Angleterre, les enfants sont envoyés dans les régions du nord du pays, par exemple au Yorkshire, notamment dans les villes de Leeds et Sheffield. Aux États-Unis, à moins d'être placés en apprentissage sur une ferme, les enfants se rendent dans les usines des États les plus industrialisés à cette époque, tels le Massachusetts.

27. J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 52.

28. Ils sont battus sauvagement et certains même disparaissent mystérieusement: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 319, 320, 324, 326, 327. Voir aussi: M. MAY, «Violence in the Family: An Historical Perspective» dans J. P. MARTIN (dir.), *Violence and the Family*, Toronto, Wiley and Sons, 1978, 135, 154.

29. J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 65.

30. Il paraît que les inspecteurs «indépendants» nommés par les juges de chaque comté ne protégeaient pas adéquatement les enfants travaillant dans les usines, voir *infra*, Chapitre 2. Voir aussi: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 324 et 325.

main-d'oeuvre juvénile comme moyen d'assumer ce fardeau fiscal³¹. Certains employeurs vont même jusqu'à prétendre que le travail des enfants constitue un bienfait national³². Ainsi, depuis le début de la révolution industrielle, l'État et la société s'intéressent plus au gain et à la prospérité qu'à la condition de l'enfant³³.

Vers 1830, les philanthropes de l'époque, tels Robert Owen et Robert Peel, commencent à dénoncer cette exploitation. L'un d'eux, Richard Oastler, qui s'était violemment opposé à l'esclavage des noirs quelques années auparavant, tente d'influencer l'opinion publique par une campagne de publicité destinée à sensibiliser la population aux injustices du système industriel. Oastler décrit les conditions de travail de l'enfant en Grande-Bretagne comme étant pires que celles des esclaves noirs vivant dans les colonies³⁴. La société finit par admettre la position de faiblesse du jeune enfant incapable d'exiger la protection de sa personne. Ces pressions placent le gouvernement britannique dans une situation embarrassante car la critique estime qu'il est négligent ou simplement incapable de protéger l'enfant exploité au travail. Dans les deux cas, l'image du législateur souffre de son inaction et il est poussé par l'opinion publique à reconnaître officiellement la position de faiblesse de l'enfant dans ses rapports sociaux.

Section 2 La pauvreté, source de négligence et d'exploitation de l'enfant par sa famille

Malgré l'éveil social au devoir de respecter l'enfant oeuvrant dans les usines, l'État n'ose toujours pas s'immiscer dans la famille pour le défendre contre les mauvais traitements dont il le sait pourtant victime³⁵. L'absolutisme des droits paternels constitue, en effet, un empêchement majeur à toute

31. *Id.*, p. 328.

32. *Id.*, p. 329.

33. N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 26; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 63.

34. Dans les colonies britanniques, par exemple en Jamaïque, les esclaves noirs d'âge adulte semblent mieux traités que les enfants travaillant dans les usines anglaises. En effet, le travail des premiers est limité à neuf heures par jour, le travail de nuit étant interdit. Par contraste, au même moment en Angleterre, certains enfants travaillent environ vingt heures par jour dans les usines. La croisade de M. Oastler dure plus de trois ans et aboutit à la loi de 1833, voir *infra*, Chapitre II, note 63. Voir aussi: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 325-328 et 330.

35. La négligence et la violence parentales, l'ignorance ainsi que les conditions de vie insalubres qui favorisent les maladies et les épidémies, ont toutes contribué au taux élevé de mortalité des enfants âgés de moins d'un an. En 1839-40, le taux se chiffre à 153 enfants sur 1000. En 1896, il passe de 153 à 156 enfants sur 1000. Trois ans plus tard, en 1899, on enregistre le taux le plus élevé, à savoir 163 enfants sur 1000: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 27; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 21-23.

intervention étatique³⁶. Un changement d'attitude s'impose. Il survient vers le milieu du siècle, au moment où la société s'inquiète particulièrement de la hausse du taux de délinquance juvénile.

La société constate que la criminalité chez les jeunes est surtout le fait des gens vivant dans les quartiers malfamés. Quoiqu'elle ait toujours existé dans le passé, la classe défavorisée connaît un essor sans précédent en Grande-Bretagne et aux États-Unis par suite de l'avènement de la révolution industrielle. De nombreuses personnes s'installent dans les villes dans le but d'échapper à la vie rurale ou de trouver un emploi plus rémunérateur³⁷. Faute de travail, elles s'ajoutent à ceux et celles qui vivent pauvrement dans les faubourgs.

Le taux de croissance de la population augmentant sans cesse³⁸, ces individus constituent une menace constante pour la collectivité³⁹. Ils vagabondent, volent et se prostituent pour assurer leur entretien. Certains abandonnent leurs enfants dès la naissance parce qu'ils ne peuvent assurer leur entretien. D'autres les brutalisent sous l'effet de l'alcool, la maladie de l'alcoolisme étant très répandue dans ces milieux⁴⁰. Du reste, à cette époque, le commerce florissant du «*baby farming*» est à la source du décès prématuré d'une multitude d'enfants en bas âge⁴¹.

36. Voir en ce sens: R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, p. 27; M. MAY, *loc. cit.*, note 28 150.

37. Pour le Canada anglais à la même époque, voir: C. O. SPETTIGUE, *An Historical Review of Ontario Legislation on Child Welfare*, Toronto, Ontario Department of Public Welfare, 1955, pp. 16 et 17.

38. Nous avons vu que le taux de croissance de la population a augmenté de façon considérable en Grande-Bretagne au cours du siècle dernier, voir *supra*, note 21. En 1801, l'on compte moins de 10 millions d'habitants. En 1837, le chiffre s'élève à 14 millions. Vers 1851, environ la moitié de la population est concentrée en milieu urbain. Cinquante ans plus tard, en 1901, alors que la population britannique se chiffre à plus de 32 millions de personnes, l'on estime que les trois-quarts vivent en milieu urbain: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 28; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 18.

39. Pour le Canada à la même époque, voir: S. D. CLARK, *The Social Development of Canada, An Introductory Study with Select Documents*, Toronto, University of Toronto Press, 1942, pp. 209 et suiv., 223-232.

40. Walvin dit qu'il arrivait souvent que des parents ivres jettent leur enfant dans un canal, l'enferment à la maison, l'attachent à son lit ou le mettent simplement à la porte: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 53. Voir aussi: M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 160 et 161.

41. Ce commerce est très populaire au cours de la révolution industrielle. Quand une mère, souvent seule à élever son enfant, réussit à se faire embaucher à l'extérieur du foyer, elle confie son nouveau-né à une nourrice pendant les premiers mois de sa vie. Or, souvent cette dernière est motivée par l'appât du gain plutôt que par le souci de veiller sur l'enfant. Des nourrices peu scrupuleuses n'hésitent pas à recueillir un trop grand nombre de bébés dont elles ne s'occupent guère. Ces derniers meurent alors peu de temps après. Aucune réglementation n'existe à cette époque pour assurer la sécurité des enfants: N. BALA et K. L. CLARKE, *op. cit.*, note 15, p. 5; M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 155 et 156.

L'enfant issu de la classe défavorisée est en outre exploité par sa famille. Plusieurs parents de familles nombreuses réalisent des gains à même le labeur de leur enfant, peu importe la nature du travail effectué. Quand ils le peuvent, ils placent l'enfant en apprentissage dès l'âge de six ans⁴². Sinon, ils l'obligent à mendier dans la rue pour assurer non seulement son existence, mais aussi la leur. Parfois, ils le mutilent afin qu'il attire davantage la sympathie des passants⁴³ ou encore, ils le forcent à s'adonner à la prostitution pour entretenir la famille. Bien souvent, avant même d'avoir atteint l'âge de quatorze ans⁴⁴, une jeune fille peut avoir été entraînée à la prostitution par sa mère. Les filles sont également victimes de la «traite des blanches»⁴⁵.

La négligence et l'exploitation des enfants par leurs parents conduisent ainsi à la délinquance juvénile. L'enfant négligé passe la plupart de son temps dans la rue⁴⁶. En l'absence de surveillance parentale adéquate, il est initié à des pratiques «vicieuses» (incitation à la débauche)⁴⁷. Ainsi, l'enfant se met à vagabonder et à voler. Il aboutit dans les bagnes, en compagnie d'autres jeunes délinquants et de criminels d'âge adulte⁴⁸ qui lui montrent comment perfectionner son «art». Perpétuant le cycle du crime et de la violence, le taux de délinquance juvénile ne cesse d'augmenter.

Aux environs de la même période, vers le milieu du siècle, les premières interventions sociales voient le jour en Grande-Bretagne. Émues par la situation

42. G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 326.

43. M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 154.

44. J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 144 et 145. Les clients recherchent de jeunes filles pour minimiser le risque très élevé de maladies vénériennes. Jusqu'en 1870, le Code criminel en Angleterre établit l'âge du consentement légal à douze ans. Il est donc possible d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille sans que cela ne constitue une infraction criminelle. On rapporte qu'en 1857, la ville de Liverpool compte environ 200 prostituées âgées de moins de 12 ans. En 1871, l'âge de consentement est haussé, mais fixé néanmoins à treize ans.

45. À cette époque, la traite des blanches consiste en l'achat, à leurs parents pauvres, de jeunes filles qu'on enferme ensuite dans des maisons closes situées au Royaume-Uni ou sur le continent européen: N. BALA et K. L. CLARKE, *op. cit.*, note 15, pp. 4 et 5. Pour sensibiliser le public à cet état de fait, l'éditeur d'un quotidien anglais a organisé le rapt d'une enfant de treize ans. L'éditeur a d'abord négocié les «services» de l'enfant avec sa mère. Ensuite, à l'insu de celle-ci, l'enfant fut enlevée et amenée en France. Après son retour, l'éditeur a mené une campagne de publicité destinée à alerter la population aux phénomènes scandaleux de la prostitution juvénile et de la «traite des blanches»: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 146.

46. Quand les autorités locales jugent qu'un enfant vagabonde et est l'objet d'une «négligence habituelle» par ses parents, c'est-à-dire que ces derniers le laissent le plus souvent sans surveillance, l'enfant est pris en charge en vertu du *Poor Law* (et ses amendements) et placé dans un hospice public (*workhouse*). Voir *supra*, note 10.

47. J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 150-152.

48. Voir *infra*, Chapitre II, section 2.

des enfants vivant dans les innombrables maisons de prostitution de l'époque⁴⁹, des dames bénévoles provenant des classes moyenne et aisée se mettent à retirer les enfants de ces lieux propices à la délinquance. Leur travail suscite des remous. Il sert, entre autres, à démontrer l'existence d'un lien entre la délinquance juvénile et la négligence parentale résultant de la pauvreté⁵⁰. La société examine alors de plus près la condition des enfants provenant des quartiers défavorisés.

Reprochant la conduite négligente des parents pauvres, la société réclame des changements destinés à combattre la délinquance juvénile depuis sa source. C'est ainsi qu'en Grande-Bretagne et, par la suite, aux États-Unis, on entreprend des réformes législatives qui amènent l'État à intervenir progressivement dans la cellule familiale.

On peut retenir de ce qui précède qu'au début de l'ère industrielle, en Grande Bretagne et en Amérique du Nord, la situation de l'enfant mineur est pitoyable: exploité sur les plans physique, moral et économique dans les mines et les usines de l'époque, l'enfant issu d'un milieu très pauvre est aussi victime de négligence et d'exploitation par sa famille. Se voyant reproché sa négligence ou son manque d'intérêt par les organismes charitables du siècle dernier, l'État désire sauvegarder son image et se penche d'abord sur la situation de l'enfant dans ses rapports avec la société. Lorsqu'il est mis en lumière par ces mêmes intervenants que la criminalité chez les jeunes est attribuable à la négligence parentale, le législateur décide ensuite de s'attaquer de façon sérieuse à l'institution sacrée de la puissance paternelle puisqu'il s'agit là d'une question d'intérêt capital pour la collectivité.

CHAPITRE II Les premières mesures étatiques

Ce sont les pays qui ressentirent les premiers les effets de la révolution industrielle qui se sont rendus compte progressivement de l'importance, pour la société, de remédier à la situation d'injustice vécue par l'enfant. Selon Drucker, la Grande-Bretagne et les États-Unis ont été à l'avant-garde des pays civilisés ayant organisé sa protection⁵¹.

Dans un premier temps, nous analyserons comment l'État a solutionné les problèmes sociaux de l'enfant au plan économique, notamment sur le marché du travail. Dans un deuxième temps, nous verrons comment les premières

49. Vers l'année 1835, on estime aux alentours de cent mille le nombre d'enfants élevés dans les maisons de prostitution à Londres: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 145.

50. N. BALA et K. L. CLARK, *op. cit.*, note 15, p. 5.

51. G. DRUCKER, *De la protection de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle en droit romain et en droit français*, Paris, Arthur Rousseau, 1894, p. 184.

mesures législatives visant à enrayer la délinquance juvénile ont eu pour résultat de protéger l'enfant contre la négligence et l'exploitation de son milieu familial.

Section 1 Les lois sur le travail: premier élément de protection de l'enfant dans ses rapports sociaux

Les premières lois concernant l'enfant au travail sont très significatives, non seulement du point de vue de la protection étatique contre l'exploitation de l'enfant dans les mines et les manufactures, mais également en raison du fait que cette intervention par l'État, qui jusqu'alors s'était limitée à l'enfant sans famille, s'est trouvée du même coup étendue à *tous* les enfants travaillant à l'extérieur du foyer familial.

La Grande-Bretagne, plus particulièrement l'Angleterre, fut la première à connaître le phénomène de l'exploitation des enfants au travail par suite de la révolution industrielle. Il est donc normal d'y retrouver les premières lois réglementant cette activité. Depuis le règne de Georges III, jusqu'à l'adoption de l'*Industrial Schools Act, 1861*⁵² et du *Poor Law Amendment Act, 1868*⁵³, on compte plus de dix-sept lois qui traitent, selon divers points de vue, de la protection de l'enfant au travail.

La première est adoptée en 1802⁵⁴. L'article 4 du *Health and Morals of Apprentices Act* réduit la journée de travail des apprentis dans les usines de coton à un total de douze heures qui *doivent* commencer, au plus tôt, à six heures du matin et se terminer, au plus tard, à neuf heures le soir. Cet article interdit aux enfants de travailler la nuit entre vingt et une et six heures. L'article 6 oblige en plus les propriétaires de manufactures à garantir l'instruction des apprentis pendant les quatre premières années du contrat d'apprentissage. Les employeurs doivent donc libérer l'enfant de ses tâches afin que, pendant trois ou quatre heures par jour, il puisse apprendre à lire, écrire et compter.

Toutefois, les mesures édictées par la loi de 1802 ne sont pas respectées. Certes, conformément à la loi, un juge de paix du comté nomme deux personnes pour visiter chaque année les usines situées dans sa juridiction, pour s'assurer de l'application des dispositions. Cependant, il devient évident que ces «visiteurs» développent rapidement des liens étroits avec les chefs d'entreprises⁵⁵. De plus, on s'aperçoit que la loi de 1802 a une portée trop limitée. Elle ne s'applique

52. *Industrial Schools Act, 1861* (R.-U.), 24 & 25 Vict., c. 113.

53. *Poor Law Amendment Act, 1868* (R.-U.), 31 & 32 Vict., c. 122.

54. *An Act for the Preservation of the Health and Morals of Apprentices and Others, Employed in Cotton and Other Mills, and Cotton and Other Factories*, précitée, note 17.

55. Il faut attendre jusqu'en 1833 pour que le Parlement britannique vote le *Factory Act* qui met sur pied un système d'inspection adéquat. Voir *infra*, note 63.

qu'aux enfants travaillant dans l'industrie du textile, notamment dans les manufactures de coton, oubliant ainsi les enfants oeuvrant dans d'autres types d'usines, par exemple celles de dentelle, non couvertes par la loi.

Le législateur continue à voter des lois vouées à la protection des jeunes travailleurs. En 1814, il améliore quelque peu la situation de l'apprenti en permettant aux juges de paix d'entendre tout différend survenu avec l'artisan⁵⁶. Cinq ans plus tard, la loi de 1802 est amendée pour rendre illégale l'embauche des enfants âgés de moins de neuf ans⁵⁷. En 1823, la portée de la loi de 1814 est élargie; les juges de paix peuvent désormais condamner les maîtres-artisans à payer les services rendus par leurs apprentis. La loi prévoit aussi la façon d'obtenir l'exécution du jugement, même quand le maître s'est esquivé à l'étranger⁵⁸.

En 1825, l'État décide de limiter l'horaire de travail des enfants en édictant que sur semaine, aucun apprenti *de moins de seize ans* ne doit travailler plus de douze heures par jour et, tout au plus, neuf heures le samedi⁵⁹. Cette loi rend obligatoire la tenue d'un registre indiquant le nom de tout enfant travaillant plus de douze heures par jour et la preuve, attestée par la signature du titulaire de la puissance paternelle, que celui-ci a atteint l'âge de seize ans. La loi permet également que, sur plainte reçue devant deux juges de paix, tout témoin puisse être entendu contre un chef d'entreprise concernant une infraction à la loi.

En dépit de ces améliorations, la loi n'a pas les résultats escomptés. Elle est amendée quatre ans plus tard, en 1829, lorsqu'il devient évident que des vices de procédure permettent aux propriétaires d'usines de faire rejeter la majorité des plaintes portées contre eux. En effet, chaque plainte doit être signifiée personnellement au dirigeant de l'entreprise. Or, la plupart des citations à comparaître sont simplement signifiées au gérant car les plaignants ne connaissent pas l'identité exacte du propriétaire ou ce dernier demeure le plus souvent dans une autre localité. À défaut d'une signification personnelle, la plainte est rejetée. L'amendement prescrit que la signification de la citation à

56. *An Act to Amend An Act Containing Divers Orders For Artificiers, Labourers, Servants of Husbandry and Apprentices*, 1814 (R.-U.), 54 Geo. III, c. 96, art. 3.

57. *An Act to Make Further provisions for the Regulation of Cotton Mills and Factories, and for the Better Preservation of the Health of Young Persons Employed Therein*, 1819 (R.-U.), 59 Geo. III, c. 66, art. 1.

58. *An Act to Enlarge the Powers of Justices in Determining Complaints Between Masters, Apprentices, Artificiers and Others*, 1823 (R.-U.), 4 Geo. IV, c. 34, art. 2 et 4.

59. *An Act to Make Further Provisions for the Regulation of Cotton Mills and Factories, and for the Preservation of the Health of Young Persons Employed Therein*, 1825 (R.-U.), 6 Geo. IV, c. 63, art. 1 et 2.

comparaître au gérant de l'usine suffit pour tenir lieu d'avis au propriétaire⁶⁰. De plus, cette même année, en 1829, le législateur choisit d'étendre aux enfants travaillant dans les industries du textile, telles le coton, la soie et la laine, la protection déjà accordée en 1823 aux apprentis des artisans⁶¹.

Deux ans plus tard, l'État abroge les lois précédentes relatives au travail des enfants dans les manufactures de coton et les remplace par la loi de 1831⁶². L'article 2 de cette loi interdit dorénavant aux personnes âgées de moins de *vingt et un ans*, tant les garçons que les filles, de travailler la nuit. L'article 3 prescrit que, désormais, seuls les individus de *dix-huit ans et plus* peuvent travailler plus de douze heures dans une journée. Des amendes sévères pour l'époque, décrites à l'article 21, sont prévues pour garantir le respect de la loi.

En dépit des progrès réalisés depuis les années 1810, la condition des enfants-travailleurs des manufactures de Grande-Bretagne ne s'améliore véritablement que par suite de l'adoption du *Factory Act* de 1833⁶³. S'appliquant à toutes les industries employant des enfants, l'article 1 de cette loi oblige les propriétaires à assurer leur instruction et à éviter leur surmenage. L'article 8 édicte que, dorénavant, les enfants âgés entre neuf et treize ans ne travailleront qu'un maximum de quarante-huit heures par semaine. Ils auront congé, en vertu de l'article 9, la journée de Noël et du Vendredi Saint, ainsi que pendant huit demi-journées au cours de l'année.

Le législateur tente aussi d'assurer le développement physique de l'enfant. La loi de 1833 oblige l'employeur à n'engager que des jeunes en bonne santé. Comme neuf ans constitue l'âge minimal d'embauche à cette époque, l'article 11 prescrit que tout jeune travailleur doit présenter un certificat médical attestant que son niveau de développement physique équivaut à tout le moins à celui d'un enfant de neuf ans. On souhaite ainsi éloigner des dures conditions

60. *An Act to Amend the Law Relating to the Employment of Children in Cotton Mills and Factories*, 1829 (R.-U.), 10 Geo. IV, c. 51, art. 1 et 2.

61. *An Act to Extend the Powers of an Act of the Fourth Year of his Present Majesty, for Enlarging the Powers of Justices in Determining Complaints between Masters and Servants, to Persons Engaged in the Manufacture of Silk and Other Goods*, 1829 (R.-U.), 10 Geo. IV, c. 52, art. 1.

62. *An Act to Repeal the Laws relating to Apprentices and Other Young Persons Employed in Cotton Factories and in Cotton Mills, and to Make Further Provisions In Lieu Thereof*, 1831 (R.-U.), 1 & 2 Will. IV, c. 39, art. 1.

63. *An Act to Regulate the Labour of Children and Young Persons in the Mills and Factories of the United Kingdom*, 1833 (R.-U.), 3 & 4 Will. IV, c. 103. Voir aussi: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 329; O. M. STONE, *Family Law, An Account of the Law of Domestic Relations in England and Wales in the last quarter of the Twentieth Century, With Some Comparisons*, London, The MacMillan Press Limited, 1977, p. 246.

de travail les enfants âgés de neuf ans et plus ne possédant pas une santé physique adéquate.

À la différence du régime d'inspection inefficace prévu dans la loi de 1802, le législateur met sur pied un système de contrôle en vertu duquel quatre inspecteurs circulent à travers la Grande-Bretagne pour assurer dorénavant l'application conforme de la loi⁶⁴. Ces inspecteurs se voient accorder des pouvoirs d'enquête très étendus. Ils doivent veiller, en outre, à ce que les enfants reçoivent l'instruction obligatoire prescrite par la loi, soit dans l'usine, soit dans une institution accréditée. Des registres de présences servent à cette fin⁶⁵.

La loi de 1833 contient aussi des sanctions sévères que le législateur n'avait pas osé décréter jusqu'alors. Par exemple, les gérants d'usines agissant pour le compte du propriétaire sont désormais tenus personnellement responsables des infractions à la loi. De plus, le montant des amendes est augmenté. Si un individu refuse de payer ou s'il ne possède pas suffisamment de biens pour acquitter la somme due, il est emprisonné pour une période d'environ deux mois⁶⁶.

Des changements notables sont apportés à la loi de 1833 au cours des années 1840. Les amendements ont pour but, entre autres, de réduire l'horaire de travail hebdomadaire de l'enfant⁶⁷. L'*Act to amend the Laws relating to Labour in Factories* (ci-après désignée «loi de 1844»)⁶⁸, limite la journée de travail de l'enfant à six heures et demie.

La loi de 1844 édicte, au surplus, que les parents profitant directement du salaire de leur enfant doivent s'assurer que celui-ci consacre, sur semaine, au moins trois heures par jour pour apprendre à lire, écrire et compter⁶⁹. Notons que cet amendement résulte d'une campagne de sensibilisation menée à l'origine par des philanthropes ayant révélé non seulement l'horreur des conditions de travail dans les mines et les usines du pays, mais également l'analphabétisme des jeunes travailleurs. Conscient du fait que la révolution industrielle avait engendré des générations de gens ignorants et craignant sans doute des répercussions au plan social, le Parlement britannique tente ainsi de corriger les

64. *An Act to Regulate the Labour of Children and Young Persons in the Mills and Factories of the United Kingdom*, précitée, note 63, art. 17.

65. *Id.*, art. 18.

66. *Id.*, art. 31 et 41.

67. Voir, entre autres: *An Act to Limit the Hours of Labour of Young Persons and Females in Factories*, 1847 (R.-U.), 10 & 11 Vict., c. 29.

68. *An Act to amend the Laws relating to Labour in Factories*, 1844 (R.-U.), 7 & 8 Vict., c. 15, art. 30.

69. *Id.*, art. 38.

conséquences les plus néfastes de l'entrée hâtive des enfants sur le marché du travail⁷⁰.

La loi de 1844 se préoccupe aussi de la protection de la santé et de la sécurité de l'enfant au travail. Pour ce qui est de sa santé, l'article 18 prévoit que les murs et les plafonds des usines, des moulins, des filatures et de tous les autres établissements embauchant des enfants doivent être blanchis à la chaux s'ils n'ont pas été peints depuis les sept dernières années, le processus devant recommencer tous les quatorze mois. La loi prescrit également que toutes les parties de bâtiment où travaillent les enfants doivent être lavées au savon et à l'eau chaude à intervalles de quatorze mois.

Au chapitre de la sécurité de l'enfant, cette même loi cherche à éviter que l'enfant travaillant au traitement du lin ne soit mouillé ou brûlé par la vapeur s'échappant de l'eau bouillante utilisée dans le nettoyage de la fibre⁷¹. De même, l'article 20 proscriit formellement le nettoyage, par un enfant, des pièces d'un système d'engrenages en marche. Le même article défend aussi à l'enfant de travailler entre des appareils de mise en marche automatique activés par des machines à vapeur ou des turbines hydrauliques⁷². La loi de 1844 exige, de plus, que tous les volants ou autres pièces de machinerie reliés aux machines à vapeur, aux turbines hydrauliques et aux systèmes d'engrenages soient munis de gardes, garde-corps ou autres dispositifs de sûreté pour protéger les enfants qui les manient⁷³. Un système d'inspection et de compensation des victimes est également mis sur pied par la loi⁷⁴.

L'objectif de protection de l'enfant au travail se poursuit en 1851 quand le législateur adopte une loi traitant des agressions contre l'apprenti ou le domestique au travail⁷⁵. L'article 1 prévoit une peine d'emprisonnement de trois ans, avec possibilité de condamnation additionnelle aux travaux forcés. En 1856, le législateur étend les mesures de protection contenues dans la loi de 1844 de manière à ce que toute machinerie industrielle soit désormais munie de dispositifs de sûreté, que l'enfant soit appelé ou non à la manier⁷⁶. De plus, en 1864, l'État cherche à purifier l'air des usines de textile afin d'en éliminer les

70. Le législateur comprenait que l'intérêt de la nation exigeait que les générations futures soient plus instruites: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 63, 67, 68 et 77. L'instruction au niveau primaire, il faut le noter, n'est cependant devenue obligatoire qu'en 1870, voir *infra*, note 99.

71. *An Act to amend the Laws relating to Labour in Factories*, précitée, note 68, art. 19.

72. *Id.*, art. 20.

73. *Id.*, art. 21.

74. *Id.*, art. 22-25.

75. *An Act for the Better Protection of Persons Under the Care and Control of Others as Apprentices or Servants*, 1851 (R.-U.), 14 & 15 Vict., c. 11.

76. *An Act for the Further Amendment of the Laws Relating to Labour in Factories*, 1856 (R.-U.), 19 & 20 Vict., c. 38, art. 5 et 6.

gaz, les poussières ainsi que toute autre impureté pouvant nuire à la santé des enfants⁷⁷. Trois ans plus tard, en 1867, il en fait de même pour les enfants travaillant dans les forges, les fonderies, les moulins et tout autre type d'établissement lié à l'affinage du minerai ou à l'extraction du métal⁷⁸. La loi de 1867 prévoit également une amende pour le propriétaire d'une meulerie dont la meule, actionnée par la vapeur ou tout autre procédé mécanique, est mal fixée et occasionne des blessures au jeune pileur la maniant au moment de l'accident⁷⁹.

Depuis les années 1830, l'intervention progressive de l'État avait certes amélioré la condition de l'enfant. Néanmoins, il faut se le rappeler, les réformes législatives ne visaient que l'enfant-travailleur dans ses rapports avec la sphère publique. La protection étatique ne s'étendait pas encore, à cette époque, aux rapports familiaux où sa situation est tout aussi grave. Il reste à voir comment l'État a fait échec aux pouvoirs quasi absolus de la puissance paternelle et la façon dont le législateur est intervenu dans la cellule familiale pour protéger l'enfant contre la négligence et l'exploitation de ses parents.

Section 2 Les lois sur les écoles industrielles: instrument de pénétration de l'État dans la cellule familiale

Ce n'est que vers l'année 1855 que les législateurs en Angleterre et aux États-Unis s'attaquent au problème de l'enfant négligé. Ce revirement législatif n'est survenu, il faut noter, qu'à la suite de l'évolution du traitement judiciaire du délinquant juvénile.

En effet, jusqu'au milieu du siècle dernier, le droit criminel en Grande-Bretagne et aux États-Unis ne distinguait pas, nous l'avons vu, le coupable d'âge adulte de l'adolescent délinquant⁸⁰. L'enfant âgé de plus de sept ans se voyait imposer les mêmes sentences que l'adulte.

À l'époque des années 1820, les systèmes carcéraux britannique et américain ne prévoient aucun endroit distinct pour détenir l'enfant mineur⁸¹. Les tribunaux l'incarcèrent dans les prisons en compagnie de criminels d'âge adulte.

77. *An Act for the Extension of the Factory Acts*, 1864 (R.-U.), 27 & 28 Vict., c. 48, art. 4 et 5.
78. *An Act for the Extension of the Factory Acts*, 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 103, art. 3, 4 et 9. L'article 7 de cette loi interdit à l'employeur d'embaucher des enfants âgés de moins d'onze ans pour oeuvrer dans les industries du métal.

79. *Id.*, art. 10.

80. Voir *supra*, notes 15 et 16.

81. Voir *supra*, note 15. Les résultats néfastes de la mixité de ces deux types de prisonniers à l'intérieur d'un même système carcéral deviennent vite évidents en raison du taux de délinquance juvénile qui ne cesse d'augmenter. Les autorités publiques anglaises et américaines décident alors de séparer les deux groupes vers les années 1820.

C'est seulement à partir de cette date que les autorités carcérales commencent à séparer les deux groupes. Cette décision entraîne éventuellement le même type de cloisonnement dans les hospices abritant, en vertu du *Poor Law*, les enfants négligés ou sans famille et les adultes indigents⁸².

Convaincue qu'elle avait trouvé la solution au problème de la délinquance juvénile qui troublait considérablement la population depuis le début du siècle⁸³, la Grande-Bretagne se limite alors à améliorer l'état des prisons dans lesquelles sont enfermés les jeunes contrevenants. Néanmoins, vers 1850, la société britannique remarque que le cloisonnement n'a pas réussi à diminuer pour autant le taux de criminalité chez les jeunes. Devant les résultats étonnants obtenus par certains organismes privés utilisant le travail comme méthode de réhabilitation, le législateur organise le système d'*éducation correctionnelle* des mineurs.

Estimant que la connaissance d'un métier suffit à éviter la récidive, le législateur vote le *Reformatory Schools (Youthful Offenders) Act, 1854* et crée ainsi les nouvelles «écoles de réforme»⁸⁴. Celles-ci ont pour but d'enseigner des activités industrielles aux jeunes détenus pendant leur incarcération. Les délinquants de moins de seize ans y sont relégués pour une période de deux à cinq ans. Ces écoles se multiplient en Grande-Bretagne dans les années 1850.

82. En Angleterre, nous l'avons vu, le régime d'assistance publique prescrit que les enfants abandonnés ou délaissés doivent être placés dans les *workhouses* (hospices) en compagnie de vieillards et d'adultes défavorisés, voir *supra*, note 10. L'on constate que la promiscuité entre les divers occupants donnent des résultats très déplorables aux plans moral et physique. C'est pourquoi, en 1834, le législateur anglais ordonne qu'une partie spéciale des hospices soit réservée aux enfants afin de séparer les deux groupes: *An Act for the Amendment and Better Administration of the Laws Relating to the Poor in England and Wales*, 1834 (R.-U.), 4 & 5 Will. IV, c. 76, art. 15. Voir aussi: M. CRAFFE, *op. cit.*, note 10, n° 203, p. 291; G. DRUCKER, *op. cit.*, note 51, p. 187. Aux États-Unis, plus précisément dans l'État de New York, des rapports successifs condamnent la présence simultanée d'adultes et d'enfants dans les hospices. Le premier de ces rapports est rédigé par la philanthrope Mme Dorothea Dix, en 1844, à la suite de sa tournée des hospices de cet État, qui compte à l'époque le nombre le plus élevé d'hospices aux États-Unis. Le second rapport, déposé en 1856 par un comité spécial nommé par le Sénat de l'État de New York, examine minutieusement le système d'assistance publique et conclut que le législateur doit retirer les enfants des hospices: H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, pp. 37-39 et 72-81.

83. Il est normal, à cette époque, que le taux de délinquance atteigne un niveau sans précédent en Grande-Bretagne puisque le nombre de jeunes qui y vivent n'a jamais été aussi élevé. Pendant la majeure partie du dix-neuvième siècle, le pourcentage d'individus âgés de moins de quatorze ans n'a jamais été inférieur à 30%; les jeunes de moins de quatorze ans ont constitué environ 40% de la population, voir *supra*, note 21. Voir aussi: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 11 et 18.

84. *An Act for the Better Care and Reformation of Youthful Offenders in Great Britain*, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., c. 86. Voir aussi: M. CRAFFE, *op. cit.*, note 10, n° 95, p. 167.

C'est à cette même époque, souvenons-nous, que les intervenants sociaux décèlent un lien entre la délinquance juvénile et la négligence des parents pauvres⁸⁵. Par conséquent, vers 1855, les autorités britanniques se penchent sur le problème de l'enfant négligé. Celui-ci, il faut le préciser, souffre en plus d'une mauvaise image auprès de la population en raison du vagabondage et de son penchant pour la criminalité. Comme le précise Parton⁸⁶, les autorités s'intéressent à son sort surtout parce qu'elles savent la société britannique très inquiète du taux élevé de délinquance juvénile. Le législateur se préoccupe donc de l'enfant négligé pour prévenir la délinquance et protéger du même coup *la société*.

S'imaginant qu'il parviendrait à enrayer la délinquance juvénile en adaptant le système d'éducation correctionnelle aux enfants négligés, notamment à ceux qui vagabondent, le Parlement britannique vote la première *Industrial Schools Act* en 1857⁸⁷. Cette loi ne traite à l'origine que des enfants mineurs, filles ou garçons, âgés entre sept et quatorze ans, qui vagabondent et risquent de mal tourner en raison de la négligence parentale et des mauvaises influences de leur milieu⁸⁸.

Le tribunal saisi peut confier l'enfant au titulaire de l'autorité parentale, qui s'en porte garant ou, s'il estime devoir ainsi protéger l'enfant, l'envoyer dans une école industrielle pour une période de temps déterminée⁸⁹. Pour s'assurer de l'efficacité du texte législatif, le législateur décrète une peine contre toute personne qui retire ou qui encourage l'enfant à quitter l'école avant l'âge de quinze ans ou le temps prescrit dans le jugement⁹⁰.

L'*Industrial Schools Act* fait l'objet de plusieurs amendements dont le plus important, en 1861, a pour effet d'élargir son champ d'application⁹¹. Désormais, l'article 9 de la loi s'applique non seulement aux enfants négligés qui mendient (alinéa 1) et qui vagabondent (alinéa 2), mais aussi aux délinquants juvéniles âgés de moins de douze ans qui, de l'avis du tribunal, doivent être placés dans une école industrielle de préférence à une école de réforme (alinéa 3), ainsi qu'aux enfants âgés de moins de quatorze ans que les parents ne peuvent plus contraindre (alinéa 4).

85. Voir *supra*, Chapitre I, Section 2.

86. N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 29. Voir aussi: M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 154.

87. *Industrial Schools Act*, 1857 (R.-U.), 20 & 21 Vict., c. 48.

88. *Id.*, art. 5. La loi ne s'étend pas encore aux délinquants juvéniles qui sont simplement relégués aux écoles de réforme.

89. *Id.*, art. 6.

90. *Id.*, art. 19. Après l'âge de quinze ans, l'enfant peut quitter l'établissement ou y demeurer s'il y consent expressément. Voir aussi art. 14.

91. *Industrial Schools Act*, précitée, note 52.

Le système d'éducation préventive institué par l'*Industrial Schools Act* est modelé sur celui de l'éducation correctionnelle prodiguée dans les écoles de réforme. Toutefois, à la différence de celles-ci, l'enfant n'y est pas relégué pour purger une peine proprement dite. Il y est accueilli pour fin de protection et d'instruction. En effet, la thèse des réformateurs veut que l'enfant négligé soit instruit et non puni⁹². Néanmoins, l'éducation préventive emprunte au droit pénal le principe de la détention⁹³ pour l'appliquer à des mesures d'aide à l'enfant négligé qui, bien que non délinquant, risque de le devenir en raison de son entourage.

Le concept d'éducation préventive s'inspire des solutions mises de l'avant par des organismes privés⁹⁴. Les expériences initiales ont débuté en Allemagne, dès 1833, ainsi qu'en Angleterre, vers 1849⁹⁵. Aux États-Unis, la première institution privée de ce genre est établie à New York, en 1851⁹⁶.

Bien qu'il n'ait pas atteint son objectif d'enrayer complètement la délinquance juvénile, l'*Industrial Schools Act* assure néanmoins la protection de l'enfant victime de négligence parentale en prévoyant son retrait de la famille. La garde de l'enfant passe ainsi temporairement du père aux dirigeants d'une

92. L'éducation préventive s'inscrit dans la tendance anglaise voulant encourager le travail chez les enfants mineurs. L'enfant placé dans une école industrielle reçoit une éducation semblable à celle donnée dans les écoles de réforme. Néanmoins, bien que soumis à la discipline, l'enfant placé dans une école industrielle n'est pas assujéti à un régime aussi sévère que celui des écoles de réforme.

93. La loi oblige l'enfant à demeurer en école industrielle pendant le temps prévu à l'ordonnance judiciaire. Toutefois, si celui-ci quitte ou s'enfuit avant la fin de la période prescrite, la loi édicte qu'un juge peut le renvoyer à l'établissement ou le placer dans une école de réforme: *Industrial Schools Act*, précitée, note 52, art. 20.

94. Vers le milieu du siècle, plusieurs organismes de charité privés, tels les associations religieuses de bienfaisance, sont mis sur pied dans le but de combler les lacunes du système public. Ces organismes voués à la protection de l'enfant pauvre et négligé tentent d'améliorer sa situation en fondant des orphelinats pour enfants trouvés et négligés. Vers les années 1860, la nouvelle prospérité que connaît les classes supérieures fait en sorte que les orphelinats privés se multiplient rapidement en Angleterre et aux États-Unis. Dans les orphelinats l'on enseigne des notions élémentaires aux enfants, en l'absence d'un système scolaire obligatoire. Les dirigeants de ces orphelinats désirent que les mineurs apprennent un métier de façon à ce que, plus tard, ils puissent gagner leur vie honorablement.

95. M. CRAFFE, *op. cit.*, note 10, n° 95, p. 168, à la note 346.

96. Le *New York Juvenile Asylum* accueille les enfants pauvres, maltraités, vagabonds ainsi que ceux en proie à la débauche (*danger of moral ruin*). Le *New York Juvenile Asylum* exerce à la fois les fonctions de foyer pour enfants pauvres, de lieu d'enseignement pour enfants délaissés et d'institution correctionnelle pour jeunes délinquants. L'asile reçoit des fonds des secteurs public et privé: H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, pp. 61 et 62. Aux États-Unis, chaque État décide du type d'aide qu'il fournit aux enfants «délaissés». Dans les années 1860 et 1870, les premières écoles industrielles voient le jour dans les États industrialisés de l'est du pays, comme ceux du Massachusetts et de New York. Pour une liste détaillée, voir: H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, pp. 224-226.

école industrielle dûment accréditée⁹⁷. Cette loi a servi de modèle par la suite au Canada⁹⁸.

La législation sur les écoles industrielles tient une place importante dans l'évolution du mouvement de sauvegarde de l'enfance car elle sanctionne la négligence du titulaire de la puissance paternelle. Elle constitue la première atteinte sérieuse aux droits du père. Loin encore de correspondre à la déchéance de ses droits pour cause d'abus physiques ou autres types de mauvais traitements, cette loi paraît, à tout le moins, avoir ouvert une brèche dans le mur quasi inébranlable de son autorité. L'État se permettait, en effet, d'intervenir dans la vie privée d'une famille pour retirer l'enfant négligé.

Poursuivant son objectif d'assurer la sécurité sociale, le Parlement anglais édicte des dispositions particulières au vagabondage et à l'école buissonnière dans sa législation subséquente sur l'instruction publique. En effet, l'instruction de l'enfant, au niveau primaire, devient obligatoire en Angleterre en 1870⁹⁹. Aussi, la loi sur l'instruction publique prohibe-telle le vagabondage et l'école buissonnière¹⁰⁰. Ces mesures complètent celles contenues dans l'*Industrial Schools Act* puisqu'elles tentent, elles aussi, d'éliminer le vagabondage qui caractérise les enfants négligés et délinquants.

Il peut paraître triste, à première vue, que ces changements législatifs aient d'abord été motivés par le souci de préserver l'intérêt social, et non par

97. *Industrial Schools Act*, précitée, note 52, art. 4, 10 et 11.

98. Il est surprenant de constater qu'en 1874, au moment où la province de l'Ontario adopte sa première loi sur les écoles industrielles, le Québec possède déjà la sienne, et ce depuis 1869: *Acte concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1869, 32 Vict., c. 17; *An Act Respecting Industrial Schools*, S.O. 1874, 37 Vict., c. 29. Voir aussi: O. D'AMOURS, «Survivance historique de la protection de l'enfance au Québec, de 1608 à 1977», (1986) 35 *Service Social* 386, 391; C. O. SPETTIGUE, *op. cit.*, note 37, pp. 31 et 32 et voir *infra*, Partie II.

99. *An Act to Provide for Public Elementary Education in England and Wales*, 1870 (R.-U.), 33 & 34 Vict., c. 75. Au moment même où les bouleversements dans l'activité économique du pays font en sorte que le travail des enfants n'est plus requis désormais, le législateur adopte une loi rendant *obligatoire* l'instruction des enfants. Cette loi réussit enfin à détruire le cercle vicieux qui oblige les enfants de familles pauvres à travailler dès leur jeune âge pour tâcher de survivre le mieux possible. Les dirigeants se rendent alors compte qu'il faut instruire les enfants plutôt que de les reléguer aux usines et aux mines: P. SILVERMAN, *Who Speaks for the Children?: The Plight of the Battered Child*, Don Mills, Ont., Musson Book Co., 1978, p. 25; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 77.

100. Voir, par exemple: *An Act to Make Further Provision for Elementary Education*, 1876 (R.-U.), 39 & 40 Vict., c. 79; *An Act to Make Further Provisions as to Byelaws Respecting the Attendance of Children at Elementary School Under the Elementary Education Acts*, 1880 (R.-U.), 43 & 44 Vict., c. 23. Notons que jusqu'à ce que l'Angleterre établisse ce système d'instruction obligatoire au plan national, les juges envoyaient les enfants vagabonds passer leurs journées dans les écoles industrielles certifiées. Il s'agit d'institutions ayant reçu un certificat attestant qu'elles offrent un enseignement professionnel reconnu conforme aux exigences de l'*Industrial Schools Act*, 1866 (R.-U.), 29 & 30 Vict., c. 118, art. 7-13.

simple volonté de protéger l'enfant. Cependant, au cours des années 1860, le respect de l'enfant comme membre de la société se concrétise dans l'esprit des gens et la protection étatique contre les mauvais traitements intra-familiaux reste à venir.

Dans une seconde partie, nous analyserons les facteurs à l'origine de cette intervention. Nous examinerons pourquoi et comment le mouvement de sauvegarde de l'enfance est devenu une véritable croisade pour les philanthropes de l'époque. De plus, nous préciserons la relation qui existe entre l'adoption de la première loi sur l'enfance maltraitée et la perception ultime de l'enfant comme sujet de droit.

PARTIE II LA PROTECTION DE L'ENFANT MALTRAITÉ: PREMIER PAS VERS SA RECONNAISSANCE COMME SUJET DE DROIT

À l'apogée de la révolution industrielle, les classes moyenne et supérieure des pays occidentaux connaissent la prospérité et l'abondance. Le reste de la population, par contre, vit dans la détresse et la misère. Les associations philanthropiques se donnent pour mission de sensibiliser la société à l'état lamentable du système public d'aide aux défavorisés. Se penchant notamment sur le cas des jeunes enfants placés en institution et en foyer d'accueil, les groupements charitables se rendent compte qu'ils y sont victimes de mauvais traitements. Un mouvement humanitaire de sauvegarde de l'enfance s'ensuit. Celui-ci influence ultimement les lois des provinces canadiennes, notamment celles du Québec et de l'Ontario.

CHAPITRE I LA GENÈSE DE LA SAUVEGARDE DE L'ENFANCE MALTRAITÉE

Dans les années 1870, l'État est poussé par un mouvement de sauvegarde de l'enfance maltraitée à intervenir dans la famille pour protéger le mineur contre l'exercice abusif de la puissance paternelle. Ce mouvement prend racine aux États-Unis et opère ensuite un virage législatif en Grande-Bretagne.

Section 1 L'évolution du droit américain

L'éveil de la société américaine à la condition de l'enfant maltraité par ses parents se fait lentement. Cependant, un cas de mauvais traitement intra-familial, rendu désormais célèbre, entraîne la création des premières Sociétés de sauvegarde de l'enfance maltraitée.

Sous-section 1 La condition de l'enfant maltraité

Le mouvement de sauvegarde de l'enfance contre les mauvais traitements intra-familiaux résulte, du moins indirectement, de la guerre civile américaine¹⁰¹. Au lendemain du conflit, le souci de venir en aide aux orphelins sensibilise la société américaine à la triste situation des enfants vivant dans les hospices et les orphelinats de l'époque¹⁰². Un intérêt marqué pour la sauvegarde des mineurs s'ensuit. La sympathie éprouvée pour les orphelins et le désir d'améliorer leurs conditions de vie provoque une réforme du système public de protection de l'enfance aux États-Unis.

Une enquête détaillée du régime américain d'assistance publique¹⁰³ met en relief l'état lamentable des conditions de vie des mineurs hébergés dans les orphelinats et les hospices. Il fut démontré, notamment, que les placements d'enfants dans les familles d'accueil réalisés en vertu du *Poor Law*¹⁰⁴ menaçaient parfois la vie des jeunes.

Selon le *Poor Law*, le *Superintendent of Outdoor Relief*, nommé en vertu de la loi, devait faire signer un contrat d'apprentissage à la famille désirant recueillir un enfant. Or, de nombreux placements avaient été conclus sans que le bureau du *Superintendent* ait procédé, au préalable, à une enquête suffisamment approfondie des requérants. De plus, aucun suivi efficace n'était effectué pour s'assurer de la sécurité et du développement de l'enfant à la suite du placement.

Cette réalité est devenue apparente aux États-Unis, en 1874, à l'occasion d'un procès rendu tristement célèbre par les journaux. L'affaire, baptisée du prénom de la jeune fille concernée, Mary Ellen, se rapportait au signalement d'un cas d'abus physiques graves¹⁰⁵.

101. La guerre de Sécession aux États-Unis éclate à propos de l'esclavage des Noirs. Elle oppose les États fédéraux du Nord aux États sécessionnistes du Sud qui se sont dressés en Confédération. Le conflit s'échelonne entre 1861 et 1865 et fait plus de 600 000 morts: A. BARKER, *The Civil War in America*, London, Adam & Charles Black, 1961, p. 40.

102. R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II (1866-1932), p. 247.

103. Voir à titre d'exemple les premiers rapports annuels du *Board of State Charities* de l'Ohio (1867) ainsi que le *States Charities Aid Association* de l'État de New York (1873). Des extraits de ces rapports paraissent dans: R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II, p. 249 et suiv.

104. Celle-ci, il faut le rappeler, avait été introduite aux États-Unis dès les premiers jours du peuplement des colonies américaines, voir *supra*, note 11.

105. R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II, p. 185 et suiv.; G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 335 et suiv.; M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, 307 et suiv.

Les faits se résument de la façon suivante. À la suite du décès de sa mère biologique, l'enfant, qui est alors âgée de dix-huit mois, est confiée à un couple par les autorités publiques de New York en vertu d'un contrat d'apprentissage. Ce contrat stipule, entre autres, que la fillette doit apprendre à craindre le Seigneur et à accomplir des tâches ménagères. Le placement a lieu en 1866 et le signalement ne survient que huit ans plus tard, en 1874. Pendant tout ce temps, les autorités publiques n'avaient effectué que deux visites de vérification et de contrôle, alors que le contrat d'apprentissage exigeait des rapports annuels.

Une enquête subséquente révèle que l'enfant est mal nourrie. Elle souffre d'une carence affective et fait l'objet de mauvais traitements. Cette enfant, en effet, était fouettée régulièrement et enfermée seule dans sa chambre quand le couple quittait la maison. Celle qui tient lieu de «mère» l'aurait même attaqué au front avec des ciseaux. De plus, le couple ne lui permet jamais de quitter la pièce dans laquelle il se trouve ou de jouer à l'extérieur avec d'autres enfants. La fillette est vêtue de haillons et dort par terre, sur un morceau de tapis.

Une voisine signale alors la situation à Mme Etta Wheeler, une philanthrope membre d'une association religieuse. Après avoir effectué une enquête sommaire, celle-ci se rend bien compte qu'il n'existe aucun organisme consacré à la protection des enfants maltraités. Certes, quelques années auparavant la société américaine avait estimé important d'assurer la protection d'un animal contre les mauvais traitements infligés par son maître¹⁰⁶, mais elle ne s'était toutefois pas préoccupée de l'enfant victime de sévices.

C'est donc en raison d'une absence totale d'infrastructure socio-légale appropriée que Mme Wheeler porte l'affaire à la connaissance de M. Henry Bergh, fondateur de la Société protectrice des animaux de New York. Ce dernier, avec l'aide de Me Elbridge Gerry, procureur de cette Société, intente une poursuite pénale afin de protéger l'enfant. Contrairement au mythe populaire qui veut que cet avocat, à défaut d'un texte de loi visant spécifiquement la sauvegarde de l'enfance maltraitée, ait fondé sa plaidoirie sur une loi concernant la protection des «animaux», il semble plutôt que Me Gerry ait utilisé un bref d'*homine repligando* pour retirer l'enfant de son milieu¹⁰⁷.

106. Basé sur le modèle de la première Société de protection des animaux qui vit le jour en Angleterre, en 1823, le *New York Society for the Prevention of Cruelty to Animals* est fondé en 1866. Voir aussi *infra*, note 136.

107. Pour une version romancée de cette affaire, voir: S. X. RADBILL, *loc. cit.*, note 4, 13. Le bref d'*homine repligando* a permis de retirer légalement l'exercice du droit de garde au couple ayant pris Mary Ellen en apprentissage. Dans le vieux droit anglais, ce bref fut employé, notamment, pour libérer sous caution une personne qui avait été emprisonnée. Il fut aussi utilisé par le locataire désirant récupérer un bien que son locateur avait saisi par

Se greffant au mouvement déjà en marche dans les années 1870 contre la violence faite aux femmes¹⁰⁸, la publicité générée par l'affaire «Mary Ellen» déclenche une véritable croisade en faveur de la protection de l'enfance. Ceci a pour conséquence de sensibiliser la société américaine au phénomène des mauvais traitements intra-familiaux et de l'amener à chercher une solution efficace au problème.

Sous-section 2 La naissance des Sociétés de sauvegarde

L'affaire «Mary Ellen» avait illustré la relation étroite qui existe entre le système de placement d'enfants et les mauvais traitements dont ils peuvent être victimes en milieu familial. Par ailleurs, pendant le procès, il était devenu apparent au savant procureur qu'en dépit de l'existence de dispositions pénales contre les voies de fait, aucun organisme ne se préoccupait de retirer d'urgence l'enfant de son milieu lorsque sa santé était menacée.

L'affaire «Mary Ellen» sert ainsi de catalyseur à Me Gerry qui organise en décembre 1874, l'année même du procès, la première Société de sauvegarde de l'enfance maltraitée¹⁰⁹. La *New York Society for the Prevention of Cruelty to Children* est incorporée l'année suivante¹¹⁰.

La Société de sauvegarde de l'enfance maltraitée de New York se donne pour objectif de faire enquête dans tous les cas où l'on soupçonne qu'un enfant est victime de mauvais traitements par ses parents. C'est pourquoi la Société mandate certains de ses délégués de se présenter régulièrement aux assises pour recueillir toute information révélée au cours d'un procès se rapportant aux enfants victimes de négligence, de mauvais traitements, à ceux qui vagabondent ou se livrent à la prostitution. Aux termes de sa loi constitutive, la Société obtient de l'État de New York le pouvoir d'enregistrer des plaintes contre les parents ou les gardiens de ces enfants. La loi prévoit aussi que les délégués de la Société peuvent demander aux autorités policières de leur prêter main-forte pour exécuter leurs enquêtes ou retirer un enfant de son milieu¹¹¹.

Il nous paraît qu'une des réalisations les plus importantes de la Société consiste d'avoir convaincu l'État de voter les premières lois concernant la

suite de non-paiement du loyer: H. C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, p. 662.

108. M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 146-150. Voir aussi: R. S. ABELLA, «The Critical Century: The Rights of Women and Children from 1882-1982», (1984) 18 *The Law Society Gazette* 40, 41-45 et 51.

109. R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II, p. 192.

110. *An Act of the Incorporation of Societies for the Prevention of Cruelty to Children*, 1875, Laws of the State of New York.

111. H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, p. 174.

protection de l'enfant négligé et maltraité. Dès 1876, un texte législatif interdit l'exploitation des enfants dans le domaine du spectacle¹¹². L'année suivante, la Société fait adopter une loi s'inspirant fortement de la législation britannique sur les écoles industrielles¹¹³. En 1881, l'État de New York s'attaque enfin à l'abandon et la négligence parentale. Cette dernière, définie aux articles 287 à 293 de l'*Abandonment and Other Acts of Cruelty to Children*, se rapporte, entre autres, à tout acte par lequel un parent abandonne son enfant mineur, met sa santé physique et émotive en danger, l'oblige à mendier, le prive d'un foyer ou favorise des rapports avec des voleurs et des prostituées¹¹⁴. Enfin, deux ans plus tard, la Société réussit également à faire adopter des dispositions régissant le *baby farming*¹¹⁵.

Par son travail acharné, la Société de New York démontre continuellement les rapports existant entre ses oeuvres et la stabilité sociale. Il y va de l'intérêt global des citoyens, conclut-on, que l'État adopte les lois qu'elle propose. En effet, les suggestions de la Société contribuent non seulement à améliorer la situation de l'enfant négligé et maltraité en privant le titulaire de la puissance paternelle de ses droits lorsqu'il en abuse, mais aussi à réduire proportionnellement le taux de criminalité chez les jeunes en les retirant d'un milieu malsain. Par exemple, pendant la durée de l'enquête et jusqu'au moment du placement permanent par le tribunal, l'enfant faisant l'objet de procédures en protection est placé temporairement sous la garde de la Société, à l'abri des mauvais traitements et des influences corruptrices¹¹⁶. En 1890, quinze ans après sa création, la Société new-yorkaise compte plus de quinze mille enfants sous sa protection et dispose d'un budget se chiffrant à un million et demi de dollars pour leur entretien¹¹⁷.

Quand le public américain apprend que la Société protectrice des animaux de New York, ou du moins son fondateur, a dû s'occuper du cas de Mary Ellen à défaut d'autres organismes spécialisés, de nombreuses personnes se mettent alors à fonder des Sociétés de sauvegarde de l'enfance maltraitée à

112. *An Act to Prevent Employment of Children in Singing, Dancing, Begging or Acting as a Gymnast, Rider or Acrobat, or for Any Immoral Purpose*, 1876, Laws of the State of New York.

113. *Act for the Protection of Children and to Prevent and Punish Certain Wrongs of Children*, 1877, Laws of the State of New York. Voir aussi: H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, p. 170.

114. *An Act concerning the Abandonment and Other Acts of Cruelty to Children*, 1881, Laws of the State of New York. Voir aussi: R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II, pp. 194 et 195.

115. *An Act to Prevent Baby Farming*, 1883, Laws of the State of New York. Voir aussi *supra*, note 41.

116. H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, pp. 174 et 175.

117. R. H. BREMNER, *op. cit.*, note 19, Vol. II, p. 213; M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, 310 et 311.

travers les États-Unis¹¹⁸. On ne tolère plus maintenant que des enfants soient victimes de mauvais traitements. Si leurs ressources financières ne leur permettent pas d'établir une Société distincte pour l'enfance maltraitée, les philanthropes organisent, dans le cadre des Sociétés protectrices des animaux déjà existantes, une branche consacrée exclusivement à la sauvegarde de l'enfance. En 1900, on compte cent soixante et une associations américaines vouées à la protection des enfants¹¹⁹.

En oeuvrant sans cesse en faveur de l'enfance maltraitée, les Sociétés de sauvegarde rappellent continuellement au peuple américain l'importance et la nécessité de protéger l'enfant. Les parents demeurent conscients du fait que l'État appuie désormais les Sociétés dans leurs tentatives de limiter les abus dans l'exercice de l'autorité paternelle. L'oeuvre accomplie par les Sociétés américaines trouve écho dans la presse nationale et suscite aussi l'intérêt à l'étranger, notamment en Grande-Bretagne, où elle comble une lacune majeure.

Section 2 L'évolution du droit britannique

L'exemple des Sociétés de sauvegarde américaines est suivi en Grande-Bretagne où l'on fonde, à Liverpool, la première *Society for the Prevention of Cruelty to Children*¹²⁰. Il importe cependant d'examiner le cheminement qui a déjà été accompli dans ce pays, avant de décrire la façon dont les Sociétés sont venues compléter le virage en matière de sauvegarde de l'enfance maltraitée.

Sous-section 1 Le développement du mouvement de sauvegarde

Jusqu'au milieu du siècle dernier, en Grande-Bretagne, l'intervention de l'État dans la famille se limite tout au plus à l'organisation de mesures d'assistance rudimentaire en vertu des termes du *Poor Law* de 1834¹²¹. À cette

118. Les villes suivantes voient presque immédiatement la création de Sociétés de sauvegarde: Rochester, 1875; Portsmouth, 1876; San Francisco, 1876; Philadelphie, 1877; Boston, 1878; Baltimore, 1878; Buffalo, 1879; Wilmington, Del., 1879, Brooklyn, 1880; Richmond County, N.Y., 1880: H. FOLKS, *op. cit.*, note 11, p. 172.

119. *Id.*, p. 173; G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 333 et 334; M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, pp. 311 et 312.

120. La *Liverpool Society for the Prevention of Cruelty to Children* est fondée en 1883. Des associations semblables se multiplient à travers le pays et gagnent ensuite le continent européen: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, p. 334. Voir aussi *infra*, note 137.

121. Le *Poor Law Amendment Act* de 1834 rend le système d'assistance aux pauvres beaucoup plus sélectif. Pour bénéficier du régime institué par cette loi, le requérant doit d'abord prouver qu'il a épuisé toute possibilité d'obtenir une assistance financière de la part des membres de sa parenté. À défaut de pouvoir compter sur une telle aide, le requérant, notamment le chef de famille, doit s'avouer incapable de subvenir aux besoins des siens. Cet aveu lui confère automatiquement le statut de *pauper* (personne indigente), de même qu'à

époque, en effet, l'ingérence dans la cellule familiale est impensable en raison de sa structure patriarcale et autocratique¹²².

Parton opine que le refus du législateur britannique s'explique aussi par le fait qu'il craignait qu'un texte législatif autorisant le retrait de l'enfant du milieu familial n'entraîne pas le résultat escompté. Bien au contraire, écrit-il, le Parlement croit que cela encouragerait certains parents nécessiteux à maltraiter davantage l'enfant dans le but de s'en libérer de façon définitive, et ce au détriment d'un système coûteux pour l'État¹²³.

À défaut de lois concrètes, les associations philanthropiques décident de jouer un rôle actif. Ces organismes à vocation religieuse et charitable se chargent donc de recueillir les enfants négligés et abandonnés. Ils accomplirent leur travail avec tellement de zèle et de ferveur que la société victorienne s'en trouve impressionnée. Par ailleurs, sans doute influencés par les récits de Dickens¹²⁴, il devient très à la mode pour les gens des classes moyenne et supérieure de s'occuper des enfants négligés. Vers la fin du dix-neuvième siècle, l'intérêt soutenu manifesté par le public pousse enfin le législateur à adopter certaines mesures visant à éliminer les injustices les plus flagrantes.

À compter des années 1870, le Parlement se penche sur les questions concernant les jeunes enfants. En 1872, une loi est votée pour faciliter la preuve de paternité et ainsi permettre à la mère naturelle de réclamer du père des

son conjoint et à ses enfants. Les membres de la famille se voient alors reléguer, séparément, aux divers *workhouses* (institutions d'assistance publique) existant pour hommes, femmes et enfants. Ces institutions n'offrent cependant que le minimum nécessaire pour assurer la survie d'un individu. C'est ainsi que cette loi, très critiquée en raison de ses modalités d'application, n'a pas pour but de maintenir la famille, mais plutôt de la disloquer après en avoir constaté l'échec au plan financier: *An Act for the Amendment and Better Administration of the Laws Relating to the Poor in England and Wales*, précitée, note 82, art. 52-57, 60 et 78.

122. La structure des rapports familiaux est centrée sur le père, qui exerce seul l'autorité maritale et la puissance paternelle pendant le mariage. Considérés comme des incapables au plan juridique, l'épouse et l'enfant sont soumis incontestablement à sa volonté.

123. L'État estime que certains individus sans scrupule abusent déjà des lacunes du système privé de charité organisé par les associations philanthropiques et religieuses. De plus, la prospérité nationale en Angleterre au cours des années 1860 et 1870 laisse croire que le problème de la pauvreté a disparu, du moins pour la majorité des gens. C'est pourquoi, en l'absence de rapports exacts sur la situation, l'État croit que les pauvres sont responsables de leur propre malheur et qu'il faut limiter les subsides afin qu'ils soient ainsi forcés à se débrouiller seuls: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, pp. 30 et 31.

124. Plusieurs romans de Dickens rappellent la triste condition des enfants maltraités et négligés vivant en milieu urbain. Songeons particulièrement aux situations décrites dans *Oliver Twist*.

subsidés pour l'entretien de son enfant¹²⁵. Le *Parliamentary Committee on the Protection of Infant Life* est également institué pour étudier à fond le commerce du *baby farming*, que l'on croit à l'origine du taux élevé de mortalité des enfants âgés de moins d'un an, de la négligence dans les soins apportés à ces enfants et, enfin, des adoptions clandestines¹²⁶. L'*Infant Life Protection Act*, qui oblige toutes les nourrices à s'enregistrer auprès des autorités locales et à les aviser de la mort des enfants dont elles ont la charge, est adoptée la même année¹²⁷.

L'établissement d'un système scolaire obligatoire¹²⁸ en 1870 permet également de mettre en lumière un nombre inédit de cas de négligence et de mauvais traitements. Les enquêtes effectuées au cours de la décennie par les autorités scolaires démontrent que de nombreux enfants sont maltraités par des parents alcooliques ou que leurs blessures résultent parfois, par inadvertance, de la violence exercée entre conjoints¹²⁹. Ces enquêtes révèlent aussi que les

125. *An Act to Amend the Bastardy Laws*, 1872 (R.-U.), 35 & 36 Vict., c. 65. L'article 3 de la loi prescrit que, sur preuve que le père présumé a contribué à l'entretien de l'enfant dans l'année suivant sa naissance, la mère biologique peut saisir le tribunal afin que le père présumé soit cité à comparaître dans une action en paternité. Selon les articles 4 et 5, lorsque le tribunal est convaincu de la paternité de l'individu par suite d'une preuve corroborée, il peut l'obliger à entretenir l'enfant jusqu'à l'âge de seize ans. Voir aussi: J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 161.

126. Voir *supra*, note 41. Voir aussi: N. BALA et K. L. CLARKE, *op. cit.*, note 15, p. 5; M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 155 et 156.

127. Voir les art. 5 et 8 de l'*Act for the Better Protection of Infant Life*, 1872 (R.-U.), 35 & 36 Vict., c. 38:

Art. 5: «*The person registered as aforesaid shall immediately enter in a register to be kept by him the name, sex, and age of each infant under his care, and the date at which and the names and addresses of the persons from whom they were received, and shall also enter in the said register the time when and the names and addresses of the person by whom every such infant received and retained as aforesaid shall be removed immediately after the removal of such infant, and shall produce the said register when required to do so by the local authority; and in the event of his refusing so to produce the said register or neglecting to enter in a register the name, sex, and age of each of the said infants, and the date at which and the names and addresses of the persons from whom they were received and by whom they were removed respectively, shall be liable to a penalty not exceeding five pounds. The person registered shall be entitled to receive gratuitously from the local authority a book of forms for the registration of infants; such register may be in the form contained in the second schedule to this Act.*»

Art. 8: «*The person registered as aforesaid shall within twenty-four hours after the death of every infant so retained or received cause notice thereof to be given to the coroner for the district within which the said infant died, and the said coroner shall hold an inquest on the body of every such infant unless a certificate under the hand of a registered medical practitioner shall be produced to him by the person so registered certifying that such registered medical practitioner has personally attended or examined such infant, and specifying the cause of its death, and the said coroner shall be satisfied by such certificate that there is no ground for holding such inquest. If the person so registered shall neglect to give notice as aforesaid he shall be guilty of an offence under this Act.*»

128. Voir *supra*, note 99.

129. M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 155.

enfants recueillis dans la rue par les organismes charitables sont, pour la plupart, victimes de la négligence de leurs parents ou de mauvais traitements et qu'ils s'adonnent au vol et à la prostitution pour survivre¹³⁰.

À la fin des années 1870, la société britannique est donc plus sensibilisée au problème des mauvais traitements intra-familiaux. Néanmoins, aucun organisme n'existe encore à cette époque pour assurer la protection des jeunes victimes.

Sous-section 2 Facteurs de la mise en oeuvre de la sauvegarde de l'enfance

Le mouvement de sauvegarde de l'enfance prend véritablement son envol en Grande-Bretagne, au cours des années 1880. Deux facteurs sont à l'origine du point tournant que constitue ce mouvement. Premièrement, l'État décide d'intervenir pour promouvoir la santé et la sécurité de la population et solutionner des problèmes d'ordre social et économique. Deuxièmement, le développement des premières Sociétés de sauvegarde vient, comme un chaînon manquant, compléter l'évolution déjà amorcée dans le pays au chapitre de la protection des enfants.

Les épidémies de maladies contagieuses et la dépression économique des années 1880 troublent la stabilité sociale et la prospérité connues au cours des décennies précédentes¹³¹. La situation est ressentie plus particulièrement dans les quartiers pauvres de Londres. L'initiative des philanthropes et le régime institué par le *Poor Law* ne suffisent pas à satisfaire les besoins essentiels des gens de milieux défavorisés, notamment les enfants, qui s'avèrent les premières victimes de la pauvreté et de la maladie. Craignant la montée du socialisme, l'État analyse attentivement la condition des jeunes pour garantir la stabilité de la société future.

130. L'une des organisations les plus connues fut mise sur pied par le Dr. Barnardo. Dès 1870, ce philanthrope héberge dans des foyers d'accueil les enfants abandonnés et négligés qu'il recueille dans la rue. Il fonde aussi des écoles de métiers afin de leur permettre de surmonter plus facilement les difficultés de la vie quotidienne à Londres. Une partie importante des lois ayant trait à la protection des jeunes virent le jour par suite des révélations sensationnelles faites par les enfants recueillis par le Dr. Barnardo. Au surplus, certains procès intentés par ce dernier ont fait non seulement jurisprudence, voir *Barnardo c. McHugh*, [1891] A.C. 388 et *Barnardo c. Ford*, [1892] A.C. 326, mais ils ont aussi engendré une vaste publicité très utile aux oeuvres philanthropiques. Voir aussi: M. CRAFFE, *op. cit.*, note 10, n° 83, pp. 147-149; O. STONE, *op. cit.*, note 63, p. 246; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, pp. 153-155.

131. La dépression économique s'échelonne entre les années 1884 et 1887. Les épidémies de variole et de diphtérie se manifestent régulièrement depuis les années 1870 et affectent notamment les enfants issus de couches sociales inférieures: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, pp. 30-32.

En 1889, le Parlement amende le *Poor Law* pour sanctionner le comportement des parents ayant abandonné ou négligé leur enfant. Le *Poor Law Amendment Act* de 1889¹³² prévoit le transfert de l'autorité parentale aux administrateurs chargés d'appliquer la loi (*Guardians*)¹³³. L'amendement vise aussi à assurer la santé des personnes, de sorte que, désormais, les malades souffrant de variole ou de diphtérie soient admis dans les hôpitaux et les asiles administrés par le *Poor Law*, sans pour autant se voir conférer le statut de *pauper*¹³⁴.

L'établissement en Grande-Bretagne, le 19 avril 1883, de la *Liverpool Society for the Prevention of Cruelty to Children* constitue un autre virage important pour le mouvement de sauvegarde de l'enfance¹³⁵. Suivant en cela l'exemple américain, les premières discussions relatives à sa création se font dans les locaux de la Société protectrice des animaux de Liverpool¹³⁶. Aussi, tout comme sa consœur américaine, cette Société enquête sur les cas de

-
132. *An Act to Amend the Law Respecting Children in Workhouses, and Respecting the Borrowing of Money by Guardians and Managers of District Schools, and Respecting the Managers of the Metropolitan Asylum District*, 1889 (R.-U.), 52 & 53 Vict., c. 56 (ci-après désigné *Poor Law Amendment Act* de 1889). Les paragraphes 1, 3 et 4 de l'article 1 de la loi précisent les circonstances en vertu desquelles un garçon de moins de seize ans, ou une fille de moins de dix-huit ans, sont présumés négligés ou abandonnés. Il s'agit des enfants effectivement abandonnés par leur parent (par. 1), qui sont entretenus de façon régulière par les hospices, *workhouses*, hôpitaux ou écoles pour enfants sourds et muets régis par la loi (par. 3), ou dont le parent a été condamné à une peine d'emprisonnement de longue durée ou pour une infraction commise à l'égard de son enfant (par. 4).
133. Le *Guardians* est l'administrateur local élu par le conseil d'une ou de plusieurs paroisses dans laquelle ou lesquelles il est chargé d'appliquer le *Poor Law* (*Poor Law Amendment Act*, précitée, note 132, art. 9). L'amendement de 1889 lui confère l'autorité de prendre toutes les décisions relatives à l'enfant placé sous sa garde. Il exerce l'autorité paternelle jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité ou qu'un jugement n'en ordonne autrement.
134. Voir le paragraphe 1 de l'article 3 du *Poor Law Amendment Act* de 1889, précitée, note 132, qui se lit comme suit: «*The managers of the metropolitan asylum district (herein-after referred to as the asylum managers), subject to such regulations and restrictions as the Local Government Board from time to time make, may admit any person who is not a pauper, and is reasonably believed to be suffering from fever or small-pox or diphtheria, into an asylum provided by the managers.*» Voir aussi *supra*, note 121.
135. À l'occasion d'un séjour en Amérique, le marchand-banquier Thomas Agnew, de Liverpool, prend connaissance du travail réalisé par les Sociétés américaines de sauvegarde de l'enfance maltraitée, notamment celle de New York. Peu après son retour chez lui, en 1882, M. Agnew entreprend des démarches pour implanter en Angleterre un organisme dont la structure et les buts ressemblent à ceux de la Société qu'il a étudiée outre-mer. Il rencontre son député au Parlement, M. Samuel Smith, pour lui faire part de ses observations. Quelques semaines plus tard, au cours d'une réunion de la Société protectrice des animaux, M. Smith suggère à l'association de se consacrer également à la sauvegarde des enfants: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 34.
136. La première Société protectrice des animaux est créée en Angleterre, en 1823, au moment où les associations charitables concentrent surtout leurs énergies à la protection des animaux et non à la sauvegarde des enfants: G. H. PAYNE, *op. cit.*, note 2, pp. 332-334; M. P. THOMAS, *loc. cit.*, note 5, 307. Voir aussi *supra*, note 106.

négligence et de mauvais traitements et prend en charge les jeunes victimes. Une publicité considérable entoure le travail de la *Liverpool Society* et de nombreuses autres Sociétés sont ensuite instituées ailleurs dans le pays, notamment à Londres, en 1884¹³⁷.

Les nouvelles Sociétés dénoncent les mauvais traitements dont est victime l'enfant, et luttent contre le tabou qui s'y rattache. La Société de sauvegarde de Londres fait voter, dès 1885, une loi contre l'incitation à la débauche des jeunes filles âgées de moins de vingt et un ans¹³⁸. Cette loi vise aussi l'élimination des maisons de prostitution¹³⁹.

En 1889, l'année même où le Parlement amende le *Poor Law*, les efforts de la Société londonienne conduisent à l'adoption de la première loi britannique sur la protection des enfants victimes de mauvais traitements¹⁴⁰. L'article 1 de l'*Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of, Children* interdit aux personnes âgées de plus de seize ans ayant la garde d'un garçon âgé de moins de quatorze ans ou d'une fille âgée de moins de seize ans, de maltraiter, de négliger, d'exposer, d'abandonner ou de causer des souffrances indues à cet enfant. La loi vise non seulement les parents biologiques, mais également toute personne maltraitant un enfant à sa charge. L'article 3 interdit aussi à quiconque, sous peine d'amende ou d'emprisonnement, d'inciter un enfant à mendier, à devenir un marchand ambulant ou à se donner en spectacle dans la rue ou dans les établissements servant de l'alcool. Il n'est pas sans intérêt de noter qu'à l'instar de l'expérience américaine, le législateur britannique adopte rapidement les lois proposées par les Sociétés puisqu'elles ont pour effet corrélatif d'assurer l'ordre social.

Le paragraphe 1 de l'article 5 de la loi de 1889¹⁴¹ prévoit que *toute personne* peut saisir le tribunal du cas d'un enfant maltraité. C'est-à-dire qu'outre les *Guardians* nommés par le *Poor Law*, les intervenants des nouvelles Sociétés de sauvegarde peuvent, à la manière de leurs confrères américains, mener des enquêtes et poursuivre les parents. L'alinéa c) de ce même paragraphe introduit, entre autres, la notion de la «personne apte» (*fit person*),

137. Peu de temps après, on décide de fusionner l'ensemble des trente et une sociétés établies en Angleterre à cette époque, à l'exception de celle de Liverpool. La *National Society for the Prevention of Cruelty to Children* voit ainsi le jour en 1889, sous la présidence d'honneur de la reine Victoria: M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 156.

138. *An Act to Make Further Provision for the Protection of Women and Girls, the Suppression of Brothels, and Other Purposes*, 1885 (R.-U.), 48 & 49 Vict., c. 69, art. 2.

139. *Id.*, art. 13.

140. *An Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of, Children*, 1889 (R.-U.), 52 & 53 Vict., c. 44. Voir aussi: M. CRAFT, *op. cit.*, note 10, n° 97, p. 169.

141. *An Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of, Children*, précitée, note 140, art. 5.

c'est-à-dire une personne présumée capable d'élever et d'assurer la socialisation de l'enfant. Ainsi, tant pour le bien de cet enfant que pour celui de la société, le parent qui maltraite son enfant en perd dorénavant la garde. Ce dernier est alors confié à un membre de sa parenté ou à toute autre «personne apte» (*fit person*), par exemple le directeur d'une Société de sauvegarde. Le paragraphe 2 de l'article 5 précise que la personne s'étant vue confier la garde de l'enfant exerce à son égard tous les attributs de l'autorité parentale pour la durée du placement.

La loi de protection de 1889 constitue essentiellement une charte des droits de l'enfant; elle s'avère en quelque sorte la première consécration législative du concept de l'enfant, sujet de droit. En plus d'édicter des sanctions contre toute personne menaçant la santé et la sécurité de l'enfant, elle regroupe plusieurs des dispositions adoptées antérieurement dans le *Bastardy Laws Amendment Act, 1872* et l'*Infant Life Protection Act, 1872* concernant l'obligation du parent de bien s'occuper de son enfant. Enfin, la loi de 1889 coordonne les initiatives locales pour protéger les enfants trop jeunes ou incapables de signaler les mauvais traitements dont ils sont victimes¹⁴².

Poursuivant son objectif de protéger la société contre la criminalité, l'État amende de nouveau le *Poor Law* en 1899¹⁴³. Cet amendement a pour résultat de confier en plus aux *Guardians* l'autorité parentale sur les orphelins et les enfants dont le ou les parents sont trop malades, handicapés, emprisonnés, ou qui sont incapables ou indignes de s'occuper d'eux en raison de déficience mentale ou d'habitudes vicieuses¹⁴⁴.

Par l'adoption subséquente du *Prevention of Cruelty to Children Act* en 1904¹⁴⁵, l'État se met à jouer un rôle de premier plan en matière de protection de l'enfance puisqu'il se réserve le droit exclusif de poursuivre les personnes qui maltraitent les enfants¹⁴⁶. Désormais, les *Guardians* et les délégués des Sociétés

142. Voir à cet effet: M. MAY, *loc. cit.*, note 28, 157; J. WALVIN, *op. cit.*, note 9, p. 163.

143. *An Act to Amend Section One of the Poor Law Act, 1889, and Section Four of the Pauper Inmates Discharge and Regulation Act, 1871*, 1899 (R.-U.), 62 & 63 Vict., c. 37 (ci-après désigné *Poor Law Amendment Act* de 1899).

144. *Id.*, art. 1.

145. *An Act to Amend the Law Relating to the Prevention of Cruelty to Children*, 1904 (R.-U.), 4 Edw. VII, c. 15.

146. Le droit de poursuite exclusif de l'État concerne les infractions décrites aux articles 2 et 3 de la loi, notamment celles ayant trait aux enfants qui mentent, deviennent des marchands ambulants ou se donnent en spectacle dans la rue ou dans des établissements servant de l'alcool. Avant la loi de 1904, la poursuite judiciaire de ces infractions incombait aux *Guardians* nommés en vertu du *Poor Law*. Par ailleurs toujours avant l'entrée en vigueur de la loi de 1904, les Sociétés de protection de l'enfance pouvaient saisir le tribunal des cas de négligence parentale et de mauvais traitements. La loi de 1904 a pour effet de réserver le droit de poursuite aux procureurs de la couronne pour ce qui est des infractions prévues à l'article 1, et aux autorités locales représentant l'État (*local authority*), c'est-à-dire les

de sauvegarde ne peuvent plus intenter des poursuites personnelles au nom des enfants maltraités. En s'accordant ce droit exclusif de poursuite, l'État intervient de façon plus directe dans la vie privée de la famille. Jamais auparavant n'avait-il osé s'ingérer de la sorte pour assurer l'intérêt de l'enfant en cas de conflit avec ses parents.

L'État estime à présent que la conduite répréhensible du parent s'oppose à la conception morale que la société se fait des devoirs envers l'enfant. Toute infraction au *Prevention of Cruelty to Children Act* entraîne donc une intervention automatique de l'État dans la famille. La nouvelle loi rappelle au parent la responsabilité rattachée à sa fonction de père ou de mère.

En 1908, le *Children's Act* vient cristalliser l'intervention étatique en renforçant les pouvoirs des tribunaux¹⁴⁷. La loi de 1908 consolide aussi l'ensemble de la législation se rapportant à l'enfance. C'est ainsi que les dispositions relatives au commerce du *baby farming*, aux enfants négligés et maltraités, aux écoles de réforme, aux écoles industrielles et aux jeunes délinquants sont intégrées au même texte législatif.

La loi de 1908 paraît avoir pour conséquence principale de créer ce que nous appelons le «stade juridique» de l'enfance. Il s'agit de la période de temps pendant laquelle l'État étend automatiquement sa protection à tout enfant, c'est-à-dire toute personne âgée de moins de quatorze ans (article 131), en raison de sa position de faiblesse dans ses rapports avec la société et sa famille. La société doit désormais sauvegarder les intérêts de l'enfant sous peine d'amende ou d'emprisonnement. La conceptualisation d'un «stade juridique» de l'enfance sert alors à assurer la protection de l'enfant, tant dans la sphère publique que privée, en le distinguant de l'adulte *au plan juridique*¹⁴⁸.

L'analyse minutieuse des circonstances entourant l'adoption des lois de 1904 et 1908 permet de mieux apprécier les raisons sous-jacentes à ces interventions législatives. Le «zèle» du législateur britannique s'explique possiblement par le fait qu'à la fin du dix-neuvième et au début du vingtième

conseils de ville, pour celles prévues aux articles 2 et 3 (*An Act to Amend the Law Relating to the Prevention of Cruelty to Children*, précitée, note 145). Voir aussi: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, p. 35.

147. *An Act to Consolidate and Amend the Law Relating to the Protection of Children and Young Persons, Reformatory and Industrial Schools, and Juvenile Offenders, and Otherwise to Amend the Law with Respect to Children and Young Persons*, 1908 (R.-U.), 8 Edw. VII, c. 67. La loi de 1908 traite non seulement du mauvais traitement des enfants, mais aussi de la délinquance juvénile. Cette loi établit les tribunaux pour enfants mineurs et prescrit que les inculpés âgés de moins de quatorze ans doivent être traité d'une façon différente des adultes.

148. C'est là une situation qui contraste avec celle de l'enfant vivant, par exemple, au moyen âge. Voir *supra*, notes 13, 15 et 16.

siècle, la Grande-Bretagne se rendait compte qu'elle perdait progressivement sa position en tant que puissance mondiale sur les plans économique et militaire¹⁴⁹. Par conséquent, l'État a entrepris des mesures destinées à favoriser le bien-être de sa population et, surtout, à protéger la santé et le développement des enfants, perçus désormais comme une «richesse nationale». À compter de cette période, la sauvegarde de l'enfance ne relève plus uniquement de la sphère privée. Elle devient un propos d'intérêt public. L'État n'hésite plus alors à intervenir: il y va de son intérêt et, bien entendu, de celui de l'enfant.

Ce revirement législatif modifie considérablement l'équilibre des rapports familiaux centrés jusqu'alors sur les «droits» du père et les «obligations» des autres membres de la famille. On comprend assez facilement pourquoi cette évolution législative fut ensuite suivie au Canada, Dominion de l'Empire.

CHAPITRE II LE DÉVELOPPEMENT DE LA LÉGISLATION DE SAUVEGARDE AU CANADA

Le droit britannique a grandement influencé l'évolution législative des rapports parents-enfants dans les provinces anglaises. Parallèlement, le droit civil français a contribué au développement des lois en matière familiale dans la province de Québec¹⁵⁰. L'analyse historique du développement de la législation de sauvegarde de l'enfance au Canada exige alors que l'on distingue entre les provinces de common law et de droit civil, plus particulièrement entre l'Ontario et le Québec.

149. Au plan économique, la Grande-Bretagne se rend compte que le peuple doit être instruit pour progresser. Dans le passé, le pays a négligé l'instruction des enfants au profit du travail dans les mines, les usines et les champs. C'est en partie pour cette raison que l'État adopte des lois sur l'instruction publique. Au plan militaire, le déclin de la suprématie britannique résulte en partie de l'état de santé misérable des soldats. À l'occasion de la guerre des Boers, la nation se rend compte de la santé précaire des recrues. Du reste, les naissances en Grande-Bretagne sont à la baisse depuis le dernier quart du dix-neuvième siècle en raison, par exemple, des pratiques scandaleuses résultant du *baby farming*, de l'infanticide et des mauvais soins prodigués par des gens ignorants. Le taux de la population chute et la Grande-Bretagne se fait dépasser en nombre par les États-Unis, l'Allemagne et le Japon: N. PARTON, *op. cit.*, note 12, pp. 36 et 37.

150. En 1866, le droit privé du Québec est modelé en grande partie sur le droit français, tel que codifié à la suite de la chute de l'ancien régime. Pour une description de la puissance paternelle sous l'ancien régime et sa transformation à la suite de la révolution française, voir: P. MURAT, «La puissance paternelle et la révolution française: essai de régénération de l'autorité des pères», dans CENTRE DE RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRE DE VAUCRESSON (dir.), sous la direction de I. THERY et C. BIET, *La Famille, la Loi, et l'État*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, 390, 391 et suiv.

Section 1 Les systèmes juridiques de common law: l'exemple ontarien

Le système juridique des provinces de common law est dérivé, en tout ou en partie, du droit britannique. Puisque celui-ci n'a pas été reçu au même moment dans toutes les colonies d'Amérique du Nord composant aujourd'hui le Canada, diverses lois britanniques ont pu s'appliquer à certaines provinces seulement. Comme le précisent Messieurs les professeurs Chevette et Marx¹⁵¹, la détermination de la date de «réception»¹⁵² du droit britannique devient très importante afin d'identifier les lois de la mère patrie, en vigueur à cet instant précis, qui ont pu se transposer dans la colonie, et ce à l'exclusion de tout autre texte législatif adopté subséquentment.

Sous-section 1 La réception du droit anglais dans les provinces de common law

Parmi les lois les plus importantes en vigueur en Angleterre concernant les enfants, le *Poor Law* de 1601, ainsi que certains de ses amendements, ont été reçus dans toutes les provinces de common law¹⁵³. En effet, la loi originale a été adoptée avant même que le Canada ne soit colonisé. Les lois concernant les écoles de réforme et d'industrie, votées dès 1857 en Grande-Bretagne¹⁵⁴, s'appliquaient directement aux enfants canadiens vivant dans les provinces ayant choisi de recevoir la common law après cette date, soit l'Alberta (1870), la Colombie-Britannique (1858), le Manitoba (1870) et la Saskatchewan (1870)¹⁵⁵. Pour ce qui est des autres provinces, elles ont dû adopter leurs propres lois pour assurer la protection de l'enfant.

151. F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel, Notes et jurisprudence*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 7.

152. Le processus par lequel une colonie se voit transposer le système juridique de la mère patrie est décrit par le terme «réception», bien que les mots «introduction», «adoption» ou «migration» peuvent être employés: P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, The Carswell Company Limited, 1985, p. 21.

153. Voir *supra*, note 10. Le droit de prise en charge par l'État des personnes ayant besoin de protection a été ensuite conféré exclusivement aux législatures provinciales canadiennes par le paragraphe 7 de l'article 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3. Pour une analyse de l'application de la *Poor Law* dans les provinces de common law, voir: B. GREENHOUS, «Paupers and Poorhouses, The Development of Poor Relief in Early New Brunswick», (1968) 1 *Histoire sociale-Social History* 103; P. T. ROOKE et R. L. SCHNELL, «Childhood and Charity in Nineteenth-Century British North America», (1982) 15 *Histoire sociale-Social History* 157; J. M. WHALEN, «The Nineteenth-Century Almshouse System in Saint John County», (1971) 7 *Histoire sociale-Social History* 5.

154. Voir *supra*, notes 84 et 87.

155. Voir aussi: O. M. STONE, *The Child's Voice in the Court of Law*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 123.

La common law d'Angleterre a été abrogée au fil des années par les assemblées législatives à travers le Canada anglais. Elles l'ont remplacée, toutefois, par des textes législatifs provinciaux qui s'inspiraient parfois très largement des lois britanniques. De plus, comme le soulignent Bala et Clarke¹⁵⁶, les tendances jurisprudentielles développées par les tribunaux anglais ont également influencé la jurisprudence et les lois touchant les jeunes au Canada. Il n'est donc pas surprenant de constater que les progrès réalisés en Grande-Bretagne se sont répandus dans les provinces de common law, notamment en Ontario.

Plus que tout autre, l'histoire de la législation provinciale de sauvegarde de l'enfance en Ontario nous paraît mériter une étude particulière. En effet, les auteurs s'accordent pour dire que la loi ontarienne de protection de l'enfance a servi de modèle aux autres provinces anglaises qui l'ont calquée au moment d'adopter leurs lois sur la protection de la jeunesse¹⁵⁷. C'est pourquoi il convient d'analyser la manière dont le mouvement de sauvegarde s'est développé dans cette province.

Sous-section 2 Le mouvement de sauvegarde en Ontario

Ayant adopté la common law d'Angleterre en 1792, seul le *Poor Law*¹⁵⁸ a pu s'appliquer directement en Ontario aux enfants pauvres et sans famille à l'égard desquels l'État n'assumait qu'un rôle supplétif. Ainsi, au début du dix-neuvième siècle, aucune loi ne prévoyait l'intervention de l'État dans la famille pour secourir l'enfant victime de mauvais traitements. Le mouvement de sauvegarde de l'enfance qui s'est développé par la suite ne constitue donc pas le résultat de la transposition des lois britanniques mais plutôt le fruit d'une réforme sociale lente et progressive, s'inspirant néanmoins du cheminement parcouru par la Grande-Bretagne.

Le législateur ontarien se préoccupe directement de la condition de l'enfant lorsqu'il se voit confronté au même problème de délinquance juvénile qui accablait la Grande-Bretagne depuis le début de la révolution industrielle. L'assemblée législative adopte donc des lois ayant pour but de réformer le système judiciaire applicable aux mineurs.

Suivant en cela les démarches entreprises précédemment en Grande-Bretagne¹⁵⁹, le législateur ontarien tente, en premier lieu, de régler le problème de

156. N. BALA et K. L. CLARKE, *op. cit.*, note 15, p. 7.

157. *Id.*, p. 7; P. SILVERMAN, *op. cit.*, note 99, p. 26; M. VAN STOLK, *The Battered Child in Canada*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stuart Limited, 1972, p. 58.

158. Voir *supra*, note 10.

159. Voir *supra*, Partie I, Chapitre II.

la délinquance juvénile, en incarcérant les enfants dans un milieu isolé des criminels d'âge adulte. L'*Act Respecting Prisons for Young Offenders* et l'*Act Respecting the Trial and Punishment of Juvenile Offenders* sont votées en 1857¹⁶⁰. En deuxième lieu, vers les années 1860, quand l'implication sociale des organismes philanthropiques¹⁶¹ prouve la corrélation entre la négligence parentale et la délinquance juvénile, l'État intervient directement pour protéger l'enfant négligé par ses parents. C'est ainsi qu'à l'instar de la Grande-Bretagne, le gouvernement établit en 1874 la première école industrielle en Ontario¹⁶².

L'année suivante, le mouvement de sauvegarde de l'enfance prend son envol par suite de l'amendement de l'*Apprentices and Minors Act*¹⁶³. L'amendement charge les associations philanthropiques d'intervenir pour faire cesser les mauvais traitements faits aux apprentis. Le texte législatif prévoit, en outre, que tout maître prenant un enfant en apprentissage doit le traiter à la manière d'un parent ou d'un gardien. Les mauvais traitements entraînent des poursuites judiciaires contre le maître et, au surplus, contre les parents, si l'on juge qu'ils auraient dû prendre de meilleures précautions pour s'assurer de la santé et de la sécurité de leur enfant lors de la négociation du contrat d'apprentissage¹⁶⁴. Cet amendement favorise le placement de l'enfant pauvre en famille d'accueil plutôt que son engagement par contrat d'apprentissage¹⁶⁵.

Grâce aux efforts des diverses associations philanthropiques, la situation de l'enfant négligé et exploité suscite des sentiments humanitaires. Le mouvement de sauvegarde poursuit son élan dans les années 1880 par l'adoption de plusieurs lois importantes. Mentionnons, entre autres, l'amendement apporté

160. *An Act Respecting Prisons for Young Offenders*, S.O. 1857, 20 Vict., c. 28; *An Act Respecting the Trial and Punishment of Juvenile Offenders*, S.O. 1857, 20 Vict., c. 29.

161. L'adoption, en 1850, du *Charitable Institutions Act*, S.O. 1850, 13 & 14 Vict., c. 32, y est pour quelque chose. Cette loi attribue un statut juridique aux organismes philanthropiques qui établissent à Toronto, entre autres, le premier orphelinat, la *Female Aid Society* et la *House of Industry for Boys*: C. O. SPETTIGUE, *op. cit.*, note 37, p. 23.

162. *An Act Respecting Industrial Schools*, précitée, note 98. Voir aussi: C. O. SPETTIGUE, *op. cit.*, note 37, p. 20. De toute évidence, l'*Industrial Schools Act* adoptée par l'Ontario en 1874 s'inspire directement de l'évolution britannique. Pour une étude détaillée de la première école industrielle en Ontario, voir: P. W. BENNETT, «Taming "Bad Boys" of the "Dangerous Class": Child Rescue and Restraint at the Victoria Industrial School 1887-1935», (1988) 21 *Histoire sociale-Social History* 71.

163. *An Act Respecting Apprentices and Minors*, S.O. 1875, 38 Vict., c. 19. Il est intéressant de remarquer que cet amendement survient en 1875, à la suite du célèbre procès de Mary Ellen dévoilant les mauvais traitements subis par l'enfant au cours de contrat d'apprentissage.

164. C. O. SPETTIGUE, *op. cit.*, note 37, p. 24.

165. ONTARIO MINISTRY OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES, *A Discussion Paper, Child Welfare in Ontario: Past, Present and Future, A Study of Structure and Relationships*, Toronto, Children's Services Division, Septembre 1979, p. 9.

en 1884 à l'*Industrial Schools Act*¹⁶⁶. Celui-ci permet aux autorités scolaires municipales de déléguer à toute association philanthropique, dûment reconnue par la loi, la responsabilité de fonder et de diriger des écoles industrielles pour les enfants âgés de moins de quatorze ans¹⁶⁷. Quatre ans plus tard, l'*Act for the Protection and Reformation of Neglected Children*¹⁶⁸ autorise les tribunaux à confier la garde des enfants négligés à ces associations.

Vient ensuite, en 1890, une commission d'enquête chargée, par le gouvernement Mowat, d'étudier à fond le système pénal de la province¹⁶⁹. Dans son rapport, la commission suggère la création d'un organisme particulier se consacrant exclusivement aux enfants délinquants et sans abri car cela, écrit-on, contribuerait à enrayer le taux élevé de criminalité de la province. La commission ajoute que ce nouvel organisme devrait s'assurer, entre autres, du placement et de la supervision de ces enfants en milieu non institutionnel.

Les philanthropes ne tardent pas à réagir. La première *Children's Aid Society* voit le jour à Toronto, le 18 juillet 1891¹⁷⁰. Fait important à remarquer, contrairement aux Sociétés de sauvegarde américaines ou anglaises, à l'origine, la Société d'aide à l'enfance de Toronto ne possède pas le pouvoir d'intervenir dans une famille pour protéger un enfant si les parents ne désirent pas coopérer avec ses représentants¹⁷¹.

Moins de deux ans plus tard, en 1893, la législature provinciale proclame l'entrée en vigueur de l'*Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children*¹⁷². Adoptée environ quatre ans après la loi britannique

166. *An Act to Amend and Consolidate the Acts Respecting Industrial Schools*, S.O. 1884, 47 Vict., c. 46.

167. Cet amendement marque le début du partage de responsabilité entre les secteurs privé et public, ce qui allait plus tard devenir une caractéristique propre aux Sociétés de protection de l'enfance: ONTARIO MINISTRY OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES, *op. cit.*, note 165, p. 9.

168. *Act for the Protection and Reformation of Neglected Children*, S.O. 1888, 51 Vict., c. 40.

169. P. SILVERMAN, *op. cit.*, note 99, p. 102.

170. Elle est fondée par John Joseph Kelso, un reporter pour le quotidien *Toronto Globe*. À l'occasion de son travail, M. Kelso constate le genre de vie menée par les enfants qui sont obligés de mendier, voler et se prostituer pour subvenir aux besoins de leur famille vivant dans la pauvreté. Il crée alors le *Fresh Air Fund*, qui conduit à l'adoption d'un règlement municipal interdisant à l'enfant de moins de 8 ans de travailler comme vendeur de rue. En 1887, il participe à l'établissement de la Société protectrice des animaux, bien qu'à ce moment-là, il faut le noter, l'organisme s'occupe à la fois des enfants et des animaux: P. SILVERMAN, *op. cit.*, note 99, pp. 101 et 102. Voir aussi: A. JONES et L. RUTMAN, *In the Children's Aid: J. J. Kelso and Child Welfare in Ontario*, Toronto, University of Toronto Press, 1981, p. 1 et suiv.

171. P. SILVERMAN, *op. cit.*, note 99, p. 102.

172. *An Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children*, S.O. 1893, 56 Vict., c. 45.

sur la protection de l'enfance maltraitée, la loi ontarienne reconnaît, elle aussi, la responsabilité sociale d'assurer la protection des enfants¹⁷³. La loi de 1893 constitue un texte d'avant-garde au Canada anglais à cette époque.

En plus d'interdire le mauvais traitement de l'enfant sous peine d'amende ou d'emprisonnement¹⁷⁴ et de regrouper les dispositions existantes se rapportant au délinquant et à l'enfant négligé¹⁷⁵, l'article 4 de la loi élargit les circonstances en vertu desquelles l'État peut désormais intervenir pour protéger «l'enfant ayant besoin de protection». La loi couvre non seulement l'enfant abandonné ou victime de sévices, mais aussi celui qui, par exemple, mendie dans la rue¹⁷⁶, ou se donne en spectacle dans les tavernes ou les lieux publics¹⁷⁷.

La loi de 1893 protège ainsi non seulement l'enfant contre les mauvais traitements intra-familiaux, mais elle le consacre également sujet de droit, notamment du droit à la protection de sa personne.

Cette loi confère de nombreux pouvoirs additionnels à la Société d'aide à l'enfance de Toronto, ainsi qu'aux autres Sociétés qui s'établissent par la suite. Entre autres, celles-ci peuvent maintenant retirer les enfants de leur foyer tout en se faisant reconnaître, comme aux États-Unis, le statut et les prérogatives rattachées à la garde de l'enfant¹⁷⁸. Les Sociétés obtiennent aussi le droit de réclamer des sommes raisonnables aux municipalités pour l'entretien des enfants¹⁷⁹.

Les Sociétés d'aide à l'enfance de l'Ontario ne tardent pas à prouver leur efficacité à protéger l'enfant en difficulté, de sorte que d'autres provinces de common law, comme la Nouvelle-Écosse et le Manitoba, se basent sur le

173. La loi permet, par exemple, aux enfants de témoigner contre leurs parents ou contre toute personne soupçonnée de leur avoir infligé des sévices. Spettigue soutient que la définition de l'enfant ayant besoin de protection (*child in need of protection*) est empruntée de l'*Act Respecting Industrial Schools*, précitée, note 98, laquelle s'inspire de la loi anglaise sur les écoles industrielles: C. OWEN SPETTIGUE, *op. cit.*, note 37, pp. 36-38.

174. *An act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of children*, précitée, note 172, art. 2.

175. Au sens de l'article 2 de la loi, l'enfant négligé correspond au garçon âgé de moins de quatorze ans ou à la fille de moins de seize ans qui est exposé, abandonné, victime de négligence parentale ou de toute forme de mauvais traitement mettant sa santé en péril.

176. *An Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children*, précitée, note 172, art. 4 (a).

177. *Id.*, art. 4 (b) et (c).

178. Voir *supra*, Partie II, Chapitre I.

179. ONTARIO MINISTRY OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES, *op. cit.*, note 165, p. 10.

modèle de la Société de Toronto pour fonder des Sociétés semblables¹⁸⁰. Toutefois, le progrès réalisé en Ontario à la fin du dix-neuvième siècle en matière de sauvegarde de l'enfance ne gagne pas immédiatement sa province voisine, en l'occurrence le Québec.

Indépendamment du fait qu'elle s'insère dans un système juridique différent, à cette époque, la structure d'assistance sociale de notre province se distingue de celle de l'Ontario car elle relève des institutions religieuses. L'analyse du développement du mouvement de sauvegarde au Québec nécessite donc une analyse particulière pour en apprécier le cheminement.

Section 2 Le système juridique de droit civil: l'exemple québécois

Les premières réformes législatives réalisées chez nous, au chapitre de la protection de l'enfance, s'inspirent de l'évolution du droit britannique. Cependant, le mouvement de sauvegarde de l'enfance maltraitée au Québec se développe plus de cinquante ans après l'entrée en vigueur de la loi ontarienne sur la protection de la jeunesse. Pour mieux comprendre le retard que le Québec accuse alors dans ce domaine, il importe de décrire sommairement l'organisation de l'assistance sociale depuis l'aube du dix-neuvième siècle.

Sous-section 1 L'assistance sociale au Québec: résultat d'un contexte social et juridique particulier

Au lendemain de la conquête de la Nouvelle-France, l'Acte de Québec de 1774^{180a} et l'Acte Constitutionnel de 1791^{180b} proclament que le droit français continue à s'appliquer en matières civiles. L'organisation familiale et les responsabilités entre les membres de deux ou plusieurs générations relèvent toujours de la sphère privée, l'État préférant ne pas s'immiscer dans les problèmes intimes de la population.

180. De nos jours, on retrouve encore des Sociétés d'aide à l'enfance au Manitoba, en Ontario et en Nouvelle-Écosse: N. BALA, H. LILLES et G. THOMPSON, *Canadian Children's Law, Cases, Notes and Materials*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 51. Voir aussi: J. W. MONTEITH, *Child Welfare in Canada*, Ottawa, General Series, Memorandum n° 15, Research and Statistics Division, Dept. of National Health and Welfare, Avril 1959, p. 17 et suiv.; ONTARIO MINISTRY OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES, *op. cit.*, note 165, p. 10.

180a. *Acte qui pourvoit plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec, dans l'Amérique Septentrionale*, 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83; L.R.C. 1985, App. II, n° 2.

180b. *Acte qui rappelle certaines parties d'un acte, passé dans la quatorzième année du Règne de sa Majesté, intitulé, Acte qui pourvoit plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec, dans l'Amérique du Nord, et qui pourvoit plus amplement pour le Gouvernement de ladite Province*, 1791 (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31; L.R.C. 1985, App. II, n° 3.

Les nouveaux gouvernants font d'ailleurs preuve d'une insouciance globale en matière d'assistance sociale, choisissant de confier à la famille légitime le devoir de garantir seule, en première ligne, la protection des aïeuls, des proches parents, des enfants infirmes et orphelins, et même celle des étrangers complètement démunis¹⁸¹. Les liens et les besoins communautaires se resserrent donc autour de la famille légitime.

Dans cette perspective de la famille-agente de cohésion sociale, on comprend dès lors pourquoi l'État se refuse d'intervenir pour secourir l'enfant victime de l'exercice abusif de la puissance paternelle. Les rapports parents-enfant étant définis dans le droit français, l'État lui-même avait accordé au titulaire de la puissance paternelle un privilège quasi absolu en matière de garde et d'éducation. Il semblait donc impensable qu'il s'ingère dans la cellule familiale pour protéger l'enfant, même par suite d'un mauvais traitement parental.

Au début des années 1800, l'Église catholique, par le biais des institutions privées de charité qu'elle dirige, constitue l'unique structure d'assistance au Québec pouvant protéger l'enfant légitime¹⁸². Cependant, l'aide apportée ne concerne aucunement, par exemple, sa protection contre l'exercice abusif du droit de correction. Les hôpitaux et les communautés religieuses, par exemple l'Hôtel-Dieu de Montréal et le Couvent des Ursulines à Québec, ne recueillent que l'enfant légitime ne bénéficiant désormais d'aucun soutien familial. Le mauvais traitement de l'enfant légitime par sa famille, qui ne l'a pas abandonné, n'est donc l'objet d'aucune intervention extérieure par l'Église ou l'État¹⁸³.

181. COMITÉ D'ÉTUDES SUR L'ASSISTANCE PUBLIQUE, *Rapport sur l'assistance publique au Québec*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales, 1963, pp. 28-30 (ci-après désigné «rapport Boucher»).

182. Un auteur soutient qu'il aurait été normal que le *Poor Law* et ses amendements s'appliquent en Nouvelle-France après la conquête, mais l'Angleterre a jugé préférable de ne rien modifier à ce chapitre. Parmi les raisons invoquées, on note, entre autres, que l'Église s'occupe traditionnellement des nécessiteux. En France, l'État s'était déchargé de ses obligations envers eux. Sous l'ancien régime, depuis en fait le moyen âge, l'Église catholique romaine assiste les pauvres et les démunis au moyen de ses institutions religieuses. À l'instar de la mère-patrie, l'Église de la Nouvelle-France assume elle aussi le fardeau d'entretenir et de soigner les enfants légitimes et nécessiteux. Par conséquent, les nouveaux gouvernants britanniques s'en félicitent et choisissent de ne pas intervenir, se contentant de verser de légers subsides aux institutions religieuses: O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 98, 386 et 389. Voir aussi: H. LAMPÉRIÈRE, *La revendication des enfants recueillis par l'Assistance Publique*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. 14-32, M. LÉVY, *La protection de l'enfance par l'initiative privée à Paris*, Paris, A. Pédone, 1902, pp. 9-27.

183. Bien que l'État ne s'ingère pas dans la vie familiale pour protéger l'enfant légitime maltraité, il faut souligner que les gouvernants britanniques interviennent tout de même pour protéger l'enfant *illégitime*. À la différence de l'enfant légitime négligé par ses parents, l'enfant illégitime abandonné n'est pas recueilli par les institutions religieuses. C'est pourquoi, depuis

Ce dernier, d'ailleurs, poursuit sa politique de non-ingérence en matières sociale et familiale jusqu'au milieu du siècle. Entre les années 1800 et 1850, il limite sa participation au seul versement de légers subsides aux institutions administrées par l'Église¹⁸⁴. Toutefois, aux environs de cette date, les sommes versées par l'État deviennent plus considérables en raison de l'immigration massive en provenance des îles britanniques. Cette augmentation du bassin de population entraîne parallèlement une hausse de criminalité et de délinquance juvénile qui inquiète la société.

S'inspirant de l'expérience vécue en Grande-Bretagne, l'assemblée législative choisit, en 1869, de modifier sa politique sociale passive et de combattre activement la délinquance juvénile par l'adoption de la *Loi sur les écoles de réforme*¹⁸⁵ et de la *Loi sur les écoles d'industrie*¹⁸⁶.

La *Loi sur les écoles de réforme* régleme la détention des jeunes délinquants âgés de moins de seize ans. Le cloisonnement opéré entre les enfants mineurs et les criminels d'âge adulte avait semblé, en effet, diminuer quelque peu le taux de délinquance juvénile en Grande-Bretagne. La loi québécoise édicte, en outre, que les directeurs des écoles de réforme doivent élever, vêtir, loger et nourrir les enfants¹⁸⁷. À leur sortie de l'école, ces derniers doivent être placés comme apprentis ou domestiques chez des personnes dignes de confiance¹⁸⁸. La loi a donc pour but non seulement de punir l'enfant, mais de le *réformer* en vue d'un avenir meilleur. Le législateur souhaite ainsi réduire le taux de criminalité dans la société.

la conquête, l'État se charge de lui. Dès sa naissance, l'enfant illégitime est considéré comme un pensionnaire du domaine et le procureur du roi, ou le curé, embauche une nourrice jusqu'à son adolescence. Ensuite, on le place en apprentissage: O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 98, 389.

184. COMITÉ D'ÉTUDES SUR L'ASSISTANCE PUBLIQUE, *op. cit.*, note 181, p. 30.

185. *Loi concernant les écoles de réforme*, S.Q. 1869, 32 Vict., c. 18.

186. *Loi concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1869, 32 Vict., c. 17.

187. L'article 7 de la *Loi sur les écoles de réforme*, précitée, note 185, prescrit: «Les directeurs d'une école de réforme certifiée, seront tenus de recevoir tous les jeunes délinquants au-dessous de l'âge de seize ans qui leur sont envoyés, pourvu que leur nombre n'excède pas le certificat, et quand une fois ils auront reçu l'un d'eux, ils seront censés s'être engagés à l'élever, le vêtir, le loger et à le nourrir pendant tout le temps qu'il peut être détenu dans l'école, ou jusqu'à ce que le retrait ou la résignation du certificat ait son effet, ou jusqu'à ce que les sommes avancées sur les deniers affectés par la législature à la garde et à l'entretien des délinquants confinés dans l'école cessent d'être accordés, quel que soit le cas qui se présente le premier».

188. O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 98, 391. Voir aussi: É. DELEURY et M. RIVET, «La protection de l'enfant en droit social québécois», (1978) 9 R.D.U.S. 16, 22.

La *Loi sur les écoles d'industrie*, pour sa part, tout comme l'*Industrial Schools Act* en Grande-Bretagne, met l'accent sur la prévention. Elle vise les enfants âgés entre six et quatorze ans. L'article 12 proclame que toute personne peut amener devant le tribunal un mineur fréquentant les voleurs de profession, de même que l'enfant errant, sans refuge ou moyen de subsistance, orphelin ou sans tutelle convenable et celui dont le père est emprisonné. L'article 14 de la loi prévoit en outre que, sur preuve qu'il ne peut le maîtriser, un père ou un tuteur peut saisir le tribunal afin que l'enfant soit placé dans une école d'industrie. De même, en vertu de l'article 15, lorsque le directeur d'une institution de charité constituée en corporation estime qu'un enfant est réfractaire ou lorsque son parent purge une longue peine d'emprisonnement, il peut également demander au tribunal de l'envoyer dans une école d'industrie. Enfin, poursuivant son objectif de prévention, la loi veille aussi à faciliter la réintégration sociale de l'enfant par sa mise en apprentissage¹⁸⁹.

Selon M. le juge Oscar D'Amours, les lois sur les écoles de réforme et d'industrie marquent le début de la dissociation de la protection de l'enfance du simple régime d'assistance¹⁹⁰. Elles deviennent la base légale de l'interventionnisme de l'État en faveur de l'enfant, jusqu'au jour où se manifestent les premiers problèmes sociaux graves occasionnés par l'avènement de l'ère industrielle. En effet, vers la fin du dix-neuvième siècle, la révolution industrielle transforme progressivement l'économie du Québec, fondée jusqu'alors sur l'agriculture. Elle entraîne une migration importante de la population rurale vers les villes. Le pourcentage de gens résidant en milieu urbain augmente sensiblement¹⁹¹ et, comme cela s'était vu partout ailleurs dans les pays industrialisés, la condition de vie des individus vivant dans les faubourgs s'aggrave.

189. Voir à ce propos le paragraphe 1 de l'article 23 et l'article 24 de la *Loi sur les écoles d'industrie*, précitée, note 186:

Art. 23, par. 1: «Les directeurs d'une école pourront, en tout temps après l'expiration de dix-huit mois au terme de la détention marqué à un enfant, l'autoriser, au moyen d'un permis revêtu de leur seings, à rester avec une personne de confiance et respectable dont le nom figurera sur le permis, et qui sera consentante à le recevoir et à en prendre soin.»

Art. 24: «Les directeurs d'une école pourront, en tout temps, après qu'un enfant a été placé dehors sur permis, comme susdit, s'il se conduit bien durant son absence de l'école, l'engager de son propre consentement, pour l'apprentissage d'une industrie, métier ou service, quoique le terme de sa détention ne soit pas expiré, et tout tel engagement sera de toute manière valide et efficace.»

190. O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 98, 391.

191. Alors qu'en 1881 le taux de population rurale au Québec se chiffre à 72,5%, il se situe à 51,8% en 1911. En 1921, le taux de population urbaine correspond à 56% de l'ensemble de la population. Voir: COMMISSION D'ASSURANCE-MALADIE DE QUÉBEC SUR LE PROBLÈME DES GARDERIES ET DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE, *Premier rapport de la Commission d'assurance-maladie de Québec sur le problème des garderies et de la protection de l'enfance*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales, 1944, p. 10.

Conscient du fait que, d'une part, la pauvreté contribue à accroître le taux de criminalité et de délinquance juvénile et que, d'autre part, l'assistance des organismes de charité privée et des institutions religieuses s'avère insuffisante à elle seule, le législateur québécois se penche alors sur le problème des personnes indigentes. En 1921, il intervient pour sanctionner la *Loi de l'assistance publique de Québec*¹⁹².

Conçue à l'origine pour systématiser l'assistance gouvernementale aux institutions religieuses et organisations charitables offrant des soins gratuits aux indigents, la loi de 1921 est adoptée pour financer ultimement un système de services à domicile¹⁹³. Ce système a pour résultat, certes, d'améliorer la condition de l'enfant issu d'un milieu défavorisé et de prévenir du même coup une hausse du taux de délinquance juvénile. Cependant, il ne réussit pas à régler le problème particulier de l'enfant victime de mauvais traitements, phénomène qui continue à être ignoré par le législateur.

Il existe, bien entendu, la *Loi sur les écoles d'industrie* prévoyant qu'un enfant victime de négligence peut être admis dans une école industrielle. Toutefois, à la différence de l'enfant ontarien bénéficiant depuis 1893 des dispositions protectrices de l'*Act for the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children*¹⁹⁴, aucune loi n'a encore été adoptée au Québec pour protéger spécifiquement l'enfant contre les autres types de mauvais traitements, par exemple, les châtiments corporels infligés par les parents.

Au cours des années 1920, seules les dispositions pénales d'ordre général interdisent les agressions et le parent ne peut être mis en accusation que par suite d'une dénonciation basée sur une disposition générale relative aux voies de fait¹⁹⁵. De toute évidence, cela devait être difficile pour l'enfant, surtout si l'on se rappelle les pouvoirs étendus du père à ce moment-là dans l'histoire québécoise. Il importe aussi de noter qu'à la différence au *Code pénal* français, le *Code criminel* du Canada ne comporte aucun article décrétant la déchéance

192. *Loi établissant le service de l'assistance publique de Québec*, S.Q. 1921, 11 Geo. V, c. 79. L'alinéa d) de l'article 3 de la loi définit la personne indigente comme celle ne pouvant pas subvenir, ni directement, ni indirectement à son entretien d'une façon temporaire ou définitive et qui a son domicile dans la province de Québec. L'article 19 prescrit que la personne indigente peut être admise dans les institutions d'assistance publique aux frais du gouvernement, des municipalités et des institutions elles-mêmes. Ces dernières regroupent les institutions de charité reconnues par le gouvernement qui reçoivent, gardent, soignent ou hospitalisent gratuitement les personnes indigentes (art. 3 (e)).

193. COMITÉ D'ÉTUDES SUR L'ASSISTANCE PUBLIQUE, *op. cit.*, note 181, p. 32.

194. Voir *supra*, note 172.

195. *Code criminel*, S.R.C. 1906, c. 146, art. 290.

de la puissance paternelle pour les crimes se rapportant à l'attentat aux moeurs ou à la corruption de la jeunesse¹⁹⁶.

À cette époque, le droit civil n'offre, lui non plus, aucune solution appropriée. Bien sûr, l'article 245 du *Code civil du Bas-Canada* édicte que le titulaire de la puissance paternelle doit utiliser des moyens de correction *modérés et raisonnables* sur la personne de son enfant mineur non émancipé¹⁹⁷. Commentant l'article en question, Mignault affirme que la correction: «(...) doit être proportionnée à la faute. Dans aucun cas elle ne peut aller au point d'infliger des blessures graves à l'enfant»¹⁹⁸.

Toutefois, le *Code civil du Bas-Canada* ne prévoit aucune mesure pour déchoir le parent qui abuse de l'exercice de son autorité¹⁹⁹. Dans l'hypothèse de châtiments corporels graves, l'enfant peut seulement intenter une action en dommages-intérêts contre son parent, auteur des sévices. Cette solution n'est ni adéquate, ni suffisante, si l'on considère qu'aucun parent n'a été poursuivi en dommages-intérêts par son enfant pour abus dans l'exercice de la puissance paternelle²⁰⁰.

196. Le *Code pénal* français de 1810 permet au juge de sanctionner les excès en prononçant, *sur le plan civil*, la déchéance des droits de garde et de correction du parent. Ces droits sont décrits, à l'époque, aux articles 371 et suivants du C. N., soit au Titre IX («de la Puissance paternelle»). Seules les infractions se rapportant précisément à l'attentat aux moeurs ou l'incitation à la débauche (prostitution) ou à la corruption de la jeunesse (art. 334 et 335 C. pén.) donnent ouverture à la déchéance paternelle.

197. L'institution de la puissance paternelle instaurée au Québec en 1866 se distingue de celle décrite dans le *Code Napoléon* puisque, entre autres, notre Code civil compte un article précis se rapportant aux limites du droit de correction. Nos codificateurs ont choisi d'adopter une conception adoucie de la puissance paternelle. Ainsi, à la différence du Code français, le *Code civil du Bas-Canada* ne reproduit pas au chapitre de la puissance paternelle les dispositions relatives au droit de correction «par incarcération»: É. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 4, n° 69-72, p. 817-820. Cependant, sur preuve que son père, son beau-père ou son tuteur ne peut plus le maîtriser, l'article 14 de la *Loi concernant les écoles d'industrie*, précitée, note 186, permet au tribunal d'ordonner le placement d'un enfant âgé de moins de quatorze ans dans une école industrielle.

198. P. B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 150.

199. À cette période, les dispositions relatives à la déchéance de la puissance paternelle n'existent pas dans le *Code civil du Bas-Canada*, voir *infra*, note 229.

200. É. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 4, n° 129, p. 865. Toutefois, la jurisprudence québécoise du siècle dernier rapporte quelques poursuites devant les tribunaux civils concernant des corrections excessives subies par des enfants aux mains de leurs instituteurs. Quoique ces derniers sont également investis du droit de correction en raison de la nature de leur fonction, ils sont poursuivis en dommages-intérêts quand ils abusent de leur pouvoir: *Id.*, n° 127 et 128, pp. 863-865; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 198, pp. 150 et 151; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, pp. 184 et 185.

Contrairement à la Grande-Bretagne et à l'Ontario, où l'implication sociale des associations philanthropiques a sensibilisé la société et le législateur au phénomène du mauvais traitement de l'enfant, au Québec, la décision des institutions religieuses et de l'État de ne pas intervenir dans la famille a tenu pendant très longtemps le public dans l'ignorance de l'étendue réelle du problème des mauvais traitements intra-familiaux. Cela expliquerait, du moins en partie, le retard que le Québec accuse à cette période dans le développement de la sauvegarde de l'enfance. Par ailleurs, en raison du fait que la révolution industrielle est arrivée tardivement au Québec, nous estimons que le législateur québécois a mis plus de temps à reconnaître l'importance sociale de l'enfant. Cette reconnaissance ne survient, nous le verrons, qu'à la suite d'une étude gouvernementale qui a apprécié l'importance du rôle que ce dernier joue dans la société.

Sous-section 2

Le développement du mouvement de sauvegarde au Québec: vers la reconnaissance de l'enfant-sujet de droit

Exception faite de la *Loi sur l'adoption*, votée en 1924, la protection de l'enfance ne fait l'objet d'une étude gouvernementale qu'au début des années 1930²⁰¹. L'augmentation du taux de population urbaine et les conséquences néfastes de la crise économique de 1929 engendrent des problèmes sociaux d'envergure. Le gouvernement institue alors la «Commission des Assurances Sociales de Québec», présidée par Me Edouard Montpetit, pour étudier la possibilité d'établir un système d'assurance sociale pour la province²⁰². La commission Montpetit est chargée, en outre, de faire enquête sur le mode d'adoption et de placement des enfants adoptés, ainsi que sur l'assistance aux familles nombreuses²⁰³. Dans son deuxième rapport, déposé en 1932, la commission recommande, entre autres, la création de Sociétés pour la protection de l'enfance semblables à celles qui existent depuis déjà fort longtemps en Angleterre et en Ontario, ainsi qu'un régime d'assistance aux mères nécessiteuses²⁰⁴.

201. *Loi sur l'adoption*, S.Q. 1924, 14 Geo. V, c. 75. Cette loi est sanctionnée le 15 mars 1924. Par fiction juridique, on considère que les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins étant ainsi adoptés deviennent les enfants légitimes de leurs parents adoptifs.

202. *Loi concernant la création d'une commission chargée d'étudier un système d'assurance sociale pour la province*, S.Q. 1930, 20 Geo. V, c. 14, art. 1.

203. *Id.*, art. 6; COMMISSION DES ASSURANCES SOCIALES DE QUÉBEC, *Premier et Deuxième Rapports*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales, 1932, p. 10.

204. *Id.*, pp. 19-21 et 32 et suiv. La commission écrit que la recommandation se rapportant à l'assistance aux mères nécessiteuses se rattache directement à la protection de l'enfance, en ce sens qu'elle apporte à la mère chargée d'une famille le moyen d'élever et de garder ses enfants auprès d'elle. La *Loi instituant l'assistance aux mères nécessiteuses*, S.Q. 1937, 1

Entre 1933 et 1943, de nombreuses Sociétés d'aide à l'enfance voient le jour²⁰⁵. Le 3 décembre 1943, le gouvernement de l'Honorable Adélard Godbout mandate la Commission d'assurance-maladie de Québec, instituée plus tôt la même année²⁰⁶, de se pencher sur la condition de l'enfant québécois. La commission, présidée par M. Antonio Garneau, doit enquêter sur le problème des garderies et de la protection globale de l'enfance. Le rapport Garneau, déposé en 1944, sensibilise le gouvernement à l'importance sociale de l'enfant comme capital humain²⁰⁷, une conclusion à laquelle la Grande-Bretagne était arrivée plus d'un demi siècle auparavant. Dans le cadre de ses recommandations, la commission propose, notamment, un avant-projet de loi concernant la protection de l'enfance.

Ce projet de loi est voté la même année et l'article 26 de ce qui devient la *Loi de la protection de la jeunesse*²⁰⁸ prescrit, entre autres, que les enfants

Géo. VI, c. 81 impose certaines conditions pour qu'une mère puisse recevoir l'allocation proposée. Celle-ci doit, notamment, être veuve ou l'épouse d'un mari emprisonné ou interné (art. 3). De plus, elle doit garder auprès d'elle au moins deux enfants âgés de moins de seize ans (art. 4) et continuer à résider dans la province (art. 5).

205. Pour une étude approfondie du système de protection de l'enfance au Québec pendant les années 1930 et 1940, voir: C.-É. BOURGEOIS, *Une richesse à sauver: l'enfant sans soutien*, Montréal, Le Centre familial, 1946, p. 1 et suiv. Il est intéressant de noter que cet auteur ne mentionne pas l'enfant victime de mauvais traitements parmi les catégories d'enfants devant être protégés.

206. En 1943, le gouvernement institue une Commission d'assurance-maladie qui a pour fonction principale de préparer un plan d'assurance-maladie généralisé pour la province: *Loi instituant une Commission d'assurance-maladie*, S.Q. 1943, 7 Geo. VI, c. 32, art. 1, 14, 15.

207. COMMISSION D'ASSURANCE-MALADIE DE QUÉBEC SUR LE PROBLÈME DES GARDERIES ET DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE, *op. cit.*, note 191, p. 6 et suiv.

208. *Loi de la protection de l'enfance*, S.Q. 1944, 8 Geo. VI, c. 33. L'article 26 de la loi se lit comme suit:

«Est considéré négligé tout enfant: a) Qui mendie dans une rue ou sur une place publique ou dans un établissement fréquenté par le public, soit qu'il le fasse ouvertement ou sous prétexte de vente ou d'offrir quelque chose en vente; b) Qui est trouvé dans la nuit dans un lieu impropre à l'habitation et sans la surveillance d'un adulte; c) Qui vit en dehors de sa famille avec un voleur, un ivrogne, un vagabond, un débauché ou qui fréquente l'un quelconque d'entre eux; d) Qui, à raison de négligence, de la cruauté ou de l'ivrognerie ou des habitudes vicieuses de ses parents, de son gardien ou de la personne chez qui il réside, est élevé sans éducation et sans aucun contrôle salutaire, ou dans les circonstances qui l'exposent à mener une vie de paresse et de désordre; e) Qui est trouvé dans une maison de désordre ou en compagnie de criminels notoires ou de personnes immorales ou abandonnées à l'inconduite; f) Qui est abandonné par ses parents, tuteur ou gardien; g) Qui a commis un méfait ou un délit et est exposé à devenir un jeune délinquant, s'il n'est pas soustrait à son milieu; h) Qui est orphelin de père et de mère et dont personne ne prend un soin convenable; i) Qui est trouvé errant, à des heures indues, et n'a aucune résidence fixe; j) Qui est soustrait à la garde d'une société de protection à laquelle il a été confié; k) Qui est illégitime et dont les parents naturels ne prennent pas un soin convenable; l) Dont un parent qui en a la garde a été condamné sous l'accusation de s'être porté sur ses enfant à un assaut indécent ou à un autre outrage criminel; m) Dont le père ou la mère ou le survivant des deux purgent une sentence d'emprisonnement, ou sont internés dans une asile d'aliénés, ou souffrent d'une

exposés à la cruauté ou aux habitudes vicieuses de leurs parents ou qui sont trouvés dans une maison de désordre avec des personnes immorales, ont besoin de protection. La loi de 1944 consacre l'enfant comme titulaire du droit à la protection de sa personne et le protège contre l'exercice inadéquat de la puissance paternelle. L'article 79 en témoigne puisqu'il édicte qu'un parent se verra refuser sa demande d'*habeas corpus* s'il est prouvé qu'il a abandonné ou délaissé son enfant (paragraphe a), s'il a failli à ses devoirs envers lui (paragraphe b) ou encore, s'il s'est rendu indigne à son égard.

L'article 89 prévoit aussi une amende ou une peine d'emprisonnement pour toute personne trouvée coupable d'abandon, de mauvais traitements ou de négligence à l'égard de son enfant. Enfin, la loi prescrit que ce dernier sera amené devant un magistrat qui le placera dans une école de réforme ou d'industrie, s'il a besoin de protection.

La loi de 1944 constitue donc un pas majeur dans la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit. Bien que votée, elle n'est néanmoins jamais proclamée en vigueur. Les nombreuses querelles ayant opposé l'approche traditionnelle des autorités ecclésiastiques et l'approche progressiste du gouvernement retarde la proclamation de l'entrée en vigueur de cette loi par le gouvernement du premier ministre Adélard Godbout; ce dernier est défait l'année même par le parti de l'honorable Maurice Duplessis. Ce n'est que six ans plus tard, en 1950, que le législateur québécois se penche à nouveau sur la situation de l'enfant mineur.

À cette occasion, le législateur proclame deux lois. La première crée une Cour de bien-être social²⁰⁹. Les magistrats de cette Cour obtiennent juridiction pour placer dans les écoles de protection de la jeunesse, remplaçant désormais les anciennes écoles de réforme, les enfants visés par l'article 15 de la deuxième loi, en l'occurrence la *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*. Celle-ci édicte, à son article 15, que tout enfant soumis à «des dangers moraux ou physiques» doit être conduit devant le magistrat de la Cour de bien-être social²¹⁰.

incapacité physique complète, si nulle autre personne ne prend soin de cet enfant.»

209. *Loi instituant la Cour du bien-être social*, S.Q. 1950, 14 Geo. VI, c. 10.

210. *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*, S.Q. 1950, 14 Geo. VI, c. 11. Les alinéas 1 et 5 de l'article 15 de la loi se lisent comme suit:

Art. 15, al. 1 «Lorsqu'un enfant, apparemment ou effectivement âgé de plus de six ans et de moins de dix-huit ans, est particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques, en raison de son milieu ou d'autres circonstances spéciales, et a besoin, pour ces raisons, d'être protégé, toute personne en autorité peut le conduire devant un magistrat.»

Art. 15, al. 5 «Si le magistrat est convaincu que le plus grand bien de l'enfant requiert son placement dans une école, il fait au ministre un rapport motivé en ce sens. Il lui transmet en même temps une copie authentique de l'acte de naissance de l'enfant, s'il a pu l'obtenir; dans

Par contraste avec la *Loi concernant la protection de l'enfance* de 1944, la *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse* s'avère décevante. À la différence de la loi de 1944 qui décrit de façon très précise, nous l'avons vu, les circonstances en vertu desquelles un enfant est en droit de réclamer la protection par l'État, le ton et la terminologie employés par le législateur en 1950 sont vagues. La loi paraît articulée autour d'une conception paternaliste des besoins et des droits de l'enfant qui avait cours dans la société à cette époque. Contrairement à la loi de 1944, celle de 1950 ne prévoit d'ailleurs pas de sanctions contre le parent fautif.

Le développement des méthodes de réadaptation au cours des dix années suivantes rend nécessaire la mise à jour de la législation de 1950²¹¹. Le législateur cherche à l'améliorer et présente successivement le projet de loi 65 et l'avant-projet de loi du 26 juin 1975²¹². Le projet de loi 65 est déposé en 1972 et, bien qu'il soit mort au feuillet en raison des élections provinciales de 1973, demeure intéressant au plan historique parce que son article 4 est le premier à prévoir l'*obligation* de signaler les situations mettant en danger la sécurité, le développement ou la santé d'un enfant. L'avant-projet de 1975, qui ne devient jamais loi par suite du déclenchement des élections le 15 novembre 1976, est à retenir puisqu'il contient des principes que l'on retrouve dans la loi actuelle. Il reconnaît, notamment, le droit des enfants et des parents d'être représentés par avocat et fixe l'âge minimum de la responsabilité pénale à quatorze ans. Enfin, l'avant-projet accorde au Tribunal de la jeunesse le pouvoir de prononcer la déchéance de l'autorité parentale et de confier la tutelle de l'enfant au Directeur de la protection de la jeunesse. L'approche paternaliste de la loi de 1950 fait donc place à un texte voué à la consécration de l'enfant comme sujet de droit.

Avant que l'assemblée législative du Québec ne vote l'actuelle loi sur la protection de la jeunesse, elle adopte entre-temps une loi particulière concernant les mauvais traitements physiques infligés aux enfants²¹³. Cette loi innove à

le cas contraire, il indique l'âge de l'enfant, tel qu'il a pu l'établir par d'autres preuves ou son âge apparent.»

211. Il s'avère essentiel de modifier les dispositions législatives qui continuent de traiter l'enfant comme un objet de droit; il faut tenir compte des nouveaux principes psychosociaux se rapportant au meilleur intérêt de l'enfant: É. DELEURY, J. LINDSAY et M. RIVET, «Historique et analyse de la loi de la protection de la jeunesse», (1978) 52 *Intervention* 22, 23.

212. Pour des commentaires sur le projet de loi 65 et l'avant-projet de loi du 26 juin 1975, voir: O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 98, 401 et suiv.; É. DELEURY et M. RIVET, *loc. cit.*, note 188, 28 et 29.

213. Voir le projet de loi 78, devenu la *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c. 59. Cette loi vient modifier la *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220 en y ajoutant la section IIIA relative à la protection des enfants soumis à des mauvais traitements. Voir aussi le discours du ministre de la Justice de l'époque, en l'occurrence Me Jérôme Choquette, qui est prononcé devant l'Assemblée

deux égards. D'abord, à l'exemple de la législation qui existe à l'époque dans les États américains du Nebraska et du Tennessee, elle prescrit l'obligation pour *toute* personne, même liée par le secret professionnel, de signaler les cas d'enfants maltraités. L'omission de signaler constitue une infraction. Ensuite, la loi prévoit la création du Comité de la protection de la jeunesse qui est chargé, d'une part, d'analyser tous les cas d'abus physiques concernant les enfants et, d'autre part, d'intervenir pour protéger ces derniers²¹⁴. Elle garantit également l'immunité et l'anonymat à toute personne qui, de bonne foi, signale une situation d'abus physique au Comité.

Il est intéressant de noter que les circonstances ayant précédé l'adoption de la loi de 1974 sont les mêmes que celles qui, environ cent ans auparavant, avaient conduit à l'adoption de la première loi de sauvegarde aux États-Unis, à savoir l'indignation publique en réponse à un cas notoire de sévices graves. Nous nous rappelons l'affaire «Mary Ellen» qui avait fait la manchette des journaux américains en 1874²¹⁵. Cette affaire avait donné naissance à la Société de sauvegarde de l'enfance maltraitée de New York qui fit voter la première loi aux États-Unis contre les mauvais traitements. Chez nous, cent ans après, la publicité entourant un cas d'abus physiques graves conduit également à l'adoption d'urgence de la *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*²¹⁶.

Trois ans après l'entrée en vigueur de la loi de 1974, le législateur adopte enfin la *Loi sur la protection de la jeunesse* (ci-après désignée «*L.P.J.*»)²¹⁷. La *L.P.J.* s'applique tant aux enfants dont la sécurité ou le développement sont compromis (art. 38) qu'aux jeunes ayant commis une infraction à une loi ou un

nationale: Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 30^e législature, 2^e session, vol. 15, t. 4, p. 4140 et suiv. (27 décembre 1974).

214. *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, précitée, note 213, art. 14b et suiv. Pour un commentaire de cette loi, voir: É. DELEURY, «*La loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c. 59», (1975) 16 C. de D. 937, 950.

215. Voir *supra*, Partie II, Chapitre I.

216. Il s'agit du cas de Pierre Lessard. Cet enfant, âgé de huit ans est enfermé par son père dans un placard pendant plus de quarante-cinq jours. L'enfant vit dans ses excréments sans aucun soin et sans aucune attention de la part de ses parents. Le père est condamné à huit mois de prison: É. DELEURY, *loc. cit.*, note 214, 945. Voir aussi le discours de M. le ministre Jérôme Choquette, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, précité, note 213, p. 4140.

217. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20. Cette loi est sanctionnée le 19 décembre 1977 et entre en vigueur le 15 janvier 1979. Pour une description détaillée des points saillants de cette loi, voir: É. DELEURY et M. RIVET, «*La protection sociale et judiciaire de la jeunesse, premier pas vers une réforme globale du droit de la famille*», (1978) 19 C. de D. 507, 517 et suiv.

règlement en vigueur au Québec (art. 40)²¹⁸. La «déjudiciarisation»²¹⁹ constitue l'un des principaux points d'intérêt de cette loi. Il s'agit de la possibilité de régler un dossier de délinquance ou de protection par deux voies différentes n'ayant pas de préséance l'une sur l'autre. La structure instaurée par la *L.P.J.* confie aux intervenants du réseau social, notamment le directeur de la protection de la jeunesse (directeur), le soin de s'occuper, en première ligne, des cas de protection. Pour ce qui est des cas de délinquance, le directeur doit prendre une décision concernant l'orientation du mineur avec une personne désignée par le ministre de la justice (P.D.M.J.)^{219a}. Ainsi, la déjudiciarisation permet au directeur de s'entendre avec les parties concernées sur un programme de redressement de la situation de l'enfant à partir de mesures volontaires décrites dans la loi²²⁰ ou, s'il l'estime préférable, référer le dossier directement au Tribunal de la jeunesse pour adjudication. Remplaçant désormais la Cour du bien-être social, celui-ci détermine si l'enfant est effectivement menacé ou, s'il s'agit d'un dossier de délinquance, les mesures obligatoires destinées à protéger l'enfant et la société.

Le concept de déjudiciarisation caractérisant l'approche québécoise en matière de protection de la jeunesse a été soulevé, entre autres, au cours des travaux de la commission Prevost, dans son rapport sur la société face à la délinquance juvénile²²¹. Cette commission, présidée par le juge Yves Prevost, a pour mission, notamment, d'étudier les problèmes relatifs à l'application des lois criminelles et pénales au Québec et de proposer des recommandations quant aux mesures à prendre pour assurer une meilleure protection des citoyens et de leurs biens²²². Elle suggère de déjudiciariser le processus de l'époque, à savoir

218. É. DELEURY, J. LINDSAY et M. RIVET, *loc. cit.*, note 211, 25.

219. Le terme «déjudiciarisation» désigne les mesures et les programmes antérieurs au progrès, appliqués en remplacement de la procédure judiciaire officielle aux personnes ayant des démêlés avec la justice: PREMIÈRE CONFÉRENCE NATIONALE SUR LA DÉJUDICIARISATION, *La déjudiciarisation: vers un concept et une expérience propres au Canada*, Hull, Division des communications, Ministère du Solliciteur général, 1978, p. 35.

219a. *L.P.J.*, art. 60 et 61. Le directeur et la P.D.M.J. peuvent décider de confier le jeune délinquant au directeur pour l'application de mesures volontaires, saisir le Tribunal du cas ou bien fermer le dossier.

220. Pour une étude de l'entente sur les mesures volontaires, voir: C. BOISCLAIR, «L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse», (1982) 13 *R.D.U.S.* 143, 157 et suiv.

221. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE EN MATIÈRE CRIMINELLE ET PÉNALE AU QUÉBEC, *La société face au crime*, vol. 4, t. 1-3, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1968-1970.

222. *Id.*, vol. 1, p. 9.

de substituer à l'intervention du tribunal une approche permettant de traiter le problème du jeune délinquant à l'extérieur du cadre judiciaire²²³.

La prolifération des programmes de déjudiciarisation au Canada à cette période²²⁴ est telle qu'il n'est pas surprenant d'en retrouver l'application dans la *L.P.J.* de 1977. Depuis le début des auditions des mémoires présentés en Commission parlementaire relativement aux divers projets de loi sur la protection de la jeunesse, la majorité des intervenants ont d'ailleurs toujours soutenu qu'il valait mieux déjudiciariser le cas de l'enfant en difficulté, qu'il s'agisse d'un enfant maltraité ou d'un jeune délinquant^{224a}. Comme le législateur fédéral tarde à adopter sa propre loi concernant les jeunes contrevenants^{224b}, l'Assemblée nationale choisit de protéger la société québécoise en étendant aux délinquants, dans le même texte de loi, la formule de déjudiciarisation proposée pour les cas de protection^{224c}.

223. Le rapport de la commission recommande, en outre, l'établissement de centres d'accueil et de diagnostic par les différents ministères déjà impliqués dans la formulation d'une politique pour l'enfance inadaptée. Ces centres, de l'avis de la commission Prévost, doivent décider s'il est nécessaire de traduire le délinquant devant le tribunal, de conclure une entente sur des mesures volontaires ou encore, de libérer le mineur inconditionnellement. Le tribunal ne doit intervenir que dans les cas où il devient nécessaire de restreindre la liberté d'un enfant ou les droits des parents ou tuteurs. *Id.*, vol. 4, t. 1, pp. 122-125. Voir en particulier les recommandations 37-44.

224. Le concept de la déjudiciarisation a été mis de l'avant en 1973 par l'ancien procureur général de la Colombie-Britannique, M. Alex B. MacDonald. Le concept évolue et fait l'objet de nombreuses expériences au Canada. Malgré le fait que les possibilités et les limites de la déjudiciarisation ne font pas l'unanimité, il est généralement admis que l'expérience de l'incarcération est tellement néfaste qu'elle risque fortement d'empêcher à tout jamais le détenu de réintégrer la société en tant que citoyen honnête: PREMIÈRE CONFÉRENCE NATIONALE SUR LA DÉJUDICIARISATION, *op. cit.*, note 219, p. 4. Voir aussi: CANADA, Solliciteur général, *Loi sur les jeunes qui ont des démêlés avec la justice: Rapport du Comité du Ministère du Solliciteur général sur les propositions formulées en remplacement de la Loi sur les jeunes délinquants*, Ottawa, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1975, p. 1 et suiv.; J. TRÉPANIÉ, «La déjudiciarisation des mineurs délinquants: la situation québécoise», (1980) 4 *Déviante et société* 245, 246 et suiv.

224a. Voir par exemple: Québec, Assemblée nationale, *Commissions parlementaires*, Commission conjointe des affaires sociales et de la justice, Avant-projet de loi sur la protection de la jeunesse, le 9 mars 1976, M. Marc Boisvert (Centre communautaire juridique de Montréal), p. B-188 et 189.

224b. Voir *infra*, note 233. Voir aussi: Québec, Assemblée nationale, *Commissions parlementaires*, Commission conjointe des affaires sociales et de la justice, Projet de loi 65, Loi sur la protection de la jeunesse, le 27 février 1973, M. Claude Castonguay, Ministre des Affaires sociales, p. B-8879.

224c. J. TRÉPANIÉ, *loc. cit.*, note 224, 246 et 248. Voir aussi: Québec, Assemblée nationale, *Commissions parlementaires*, Commission conjointe des affaires sociales et de la justice, précitée, note 224b, le 3 avril 1973, Mme Alice Parizeau (Centre international de criminologie comparée), p. B-56 et 57.

La *L.P.J.* de 1977 couronne ainsi plus de cent ans d'évolution en matière de sauvegarde de l'enfance. Elle considère l'enfant non plus comme un objet soumis aux droits et privilèges du ou des parents²²⁵, mais comme un «sujet de droit»²²⁶ pouvant réclamer la protection de l'État lorsque ses parents faillent à la tâche! Qui plus est, le législateur impose à la société la responsabilité de veiller à ce que l'enfant ne soit pas victime de mauvais traitements et, le cas échéant, de lui fournir l'aide nécessaire pour qu'il obtienne la protection de l'État. Parallèlement, en 1977, le législateur québécois amende le *Code civil du Bas-Canada* pour remplacer la notion de puissance paternelle par le concept d'«autorité parentale»²²⁷. Le changement a pour résultat non seulement de modifier la structure familiale pour y apporter un meilleur équilibre²²⁸ entre les droits et les devoirs des parents envers l'enfant, mais aussi d'introduire le concept de la déchéance de l'autorité parentale lorsqu'en raison de motifs graves survenus au cours de l'exercice de cette autorité, l'intérêt de l'enfant l'exige²²⁹.

Les attitudes sociales ayant conduit à amender la législation ont progressé depuis les cent dernières années au Québec. Alors que la puissance paternelle constituait jadis un véritable privilège pour le père et faisait de l'enfant un «objet de droit», l'État québécois proclame désormais dans la *Charte des droits et libertés de la personne* que l'enfant est «sujet de droit»; on lui reconnaît notamment le droit à la protection et à la sécurité²³⁰. Cette reconnaissance lui permet alors d'étendre directement sa protection à l'enfant maltraité par ses parents et de s'immiscer dans la famille pour le secourir.

-
225. Pour une analyse de la définition du mot «parent» dans la loi de 1977, se rapportant non seulement aux père et mère de l'enfant, ou à défaut à son tuteur, mais s'étendant également à son gardien de fait ou, s'il était marié, à son conjoint, voir: C. BOISCLAIR, «La notion de "parent" de l'article 1(e) de la Loi de la protection de la jeunesse», (1980) 11 R.D.U.S. 271, 280 et suiv.
226. É. DELEURY et M. RIVET, *loc. cit.*, note 188, 31.
227. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 4 et suiv. La loi est entrée en vigueur le 17 novembre 1977.
228. B. M. KNOPPERS, «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law of Quebec», dans K. CONNELL-TOUEZ et B. M. KNOPPERS (dir.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*, Toronto, Carswell, 1984, 205, 208-215.
229. C. c. B.-C., art. 245e. Cet article n'énumère pas les motifs graves en vertu desquels la déchéance peut être prononcée. Ce sont donc les tribunaux qui doivent apprécier ce qui constitue un motif grave selon les circonstances. Pour une étude des motifs pouvant donner ouverture à la déchéance total ou partielle des droits des parents, voir: J. PINEAU et M. OUELLETTE, «La protection de l'enfant dans le droit de la famille», (1978) 9 R.D.U.S. 76, 95 et 96; Y. MARTIN et J. A. ULYSSE, «L'autorité parentale: un droit ou un devoir ... pour qui!» dans PRIX CHARLES-CODERRE 1984, *L'autorité parentale: un droit ou un devoir ... pour qui!*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 1, 41 et suiv.
230. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, c. C-12, art. 39, tel qu'amendé par l'article 61 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39:
Art. 39. «Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui apporter.»

Cinq ans après son adoption, la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse, dirigée par le député Jean-Charbonneau, recommande de modifier la *L.P.J.* de manière à distinguer les modalités d'intervention relatives aux cas de protection et de délinquance et ce, afin d'éviter toute ambiguïté dans le cadre d'une même loi traitant des jeunes en difficulté²³¹. La commission Charbonneau suggère de créer, dans deux volets indépendants mais cohérents, des processus séparés rejoignant chacune des clientèles visées. Moins de deux ans plus tard, le législateur du Québec choisit de retrancher simplement de la *L.P.J.* toutes les dispositions relatives à la délinquance²³² pour éviter certains conflits juridictionnels à la suite de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les jeunes contrevenants²³³.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec devient enfin vouée exclusivement à la protection de l'enfant maltraité par son milieu.

CONCLUSION

Le mouvement de sauvegarde de l'enfance a évolué considérablement depuis les premières lois adoptées par le législateur britannique en matière de protection de l'enfant au travail. La sympathie ressentie par les associations privées de charité à l'égard de l'enfant maltraité a conduit à la création des Sociétés de protection de l'enfance. Grâce à leur acharnement, l'État a adopté des lois qui lui ont permis d'intervenir dans la famille pour secourir l'enfant maltraité. L'attention du public s'est tournée vers l'enfant, perçu désormais comme une richesse nationale devant être protégée. Les lois de protection votées successivement par le législateur ont eu pour résultat de créer un «stade juridique» de l'enfance, c'est-à-dire d'établir une classe de personnes à qui l'État étend une protection spéciale en raison de leur jeune âge et de leur position de faiblesse dans la famille et la société.

-
231. COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales, 1982, recommandation 2. La commission Charbonneau a pour mandat d'évaluer les applications de la *L.P.J.* et des conséquences de ses applications en regard des objectifs fondamentaux de respect et de protection des droits des jeunes et de protection légitime du public devant les infractions et les actes de délinquance.
232. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 4. La loi de 1984 a aussi pour avantage, à partir de l'expérience acquise depuis son entrée en vigueur, d'apporter des modifications substantielles relativement aux interventions sociale et judiciaire afin de les rendre plus efficaces et de les adapter à la réalité.
233. *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, révisée L.R.C. (1985), c. Y-1.

À la différence des provinces de common law, comme l'Ontario, qui se sont inspirées directement des lois britanniques pour adopter leurs propres textes prescrivant la protection de l'enfant maltraité, l'évolution des droits de l'enfant a été plus tardive au Québec en raison d'un contexte socio-culturel particulier, se distinguant substantiellement de celui des provinces anglaises. Néanmoins, ce fut le même facteur qui, au Québec comme en Grande-Bretagne et en Ontario, a poussé le législateur à décréter la protection de l'enfant contre les mauvais traitements: l'État a compris qu'il y allait de son intérêt d'intervenir pour protéger la société contre le problème de la délinquance des jeunes.

Bien entendu l'opinion publique a pressé l'État à voter les premières lois sur la protection de l'enfant contre les mauvais traitements, mais la législation a toujours été élaborée dans l'optique de la protection d'un mineur risquant de devenir délinquant en raison d'un milieu malsain. Nous avons vu que lorsque le législateur adoptait des dispositions visant la protection du mineur, il cherchait d'abord à réduire le taux de délinquance. Rappelons-nous qu'au Québec, par exemple, la déjudiciarisation contenue dans la *L.P.J.* de 1977 règle à la fois le cas de l'enfant dont la sécurité et le développement sont compromis *et* celui ayant contrevenu à une loi ou un règlement en vigueur!

Quoiqu'il en soit, la réforme progressive des lois en matière de protection de la jeunesse a eu incontestablement pour résultat de faire de l'enfant un «sujet de droit». Encore faudrait-il s'interroger, en dernière analyse, sur la suffisance des ressources aux plans social et judiciaire et, par conséquent, sur l'efficacité réelle des mécanismes de la *L.P.J.* dans la vie quotidienne?

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : THE LAW GOVERNING HUMAN EXPERIMENTATION IN QUÉBEC

Auteur(s) : Robert P. KOURI

Revue : RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 77-103

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13407>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13407>

Page vide laissée intentionnellement.

THE LAW GOVERNING HUMAN EXPERIMENTATION IN QUÉBEC

by Robert P. KOURI*

This article is intended to provide an overview of the law governing human experimentation in Quebec as such law presently stands, and to examine certain innovations introduced by the proposed Civil Code of Québec. It examines more particularly, the conditions under which human experimentation may take place and the liability of the parties involved in research.

Cet article constitue un survol des règles applicables en matière d'expérimentation humaine en droit québécois actuel, ainsi qu'un examen de certains changements apportés par le projet de Code Civil du Québec. L'article aborde plus particulièrement les conditions susceptibles de valider l'expérimentation humaine ainsi que la responsabilité des parties impliquées dans la recherche.

*, Professor of Law, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Ce texte se fonde sur une communication présentée à la XIII Conférence de l'Académie Internationale de Droit Comparé tenue à Montreal, en août 1990.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	79
A - Conditions under which human experimentation may take place	80
1 - Consent	83
2 - Proportionality between risk and benefit	92
B - Liability of the parties involved in research	94
1 - The Researcher	96
2 - The Institution	98
3 - The Research Subject	100
C - The new law governing experimentation	101
1 - Capacity	102
2 - Other criteria of validity for experimentation	105
CONCLUSION	107

INTRODUCTION

The primary purpose of this paper is to describe and analyze the law of Quebec as it relates to research upon humans. It accepts the fundamental premise that scientifically valid research is not merely useful, but in reality, necessary for the development and improvement of the human condition. Accordingly, the law must set out parameters within which research is encouraged and not merely tolerated. This paper also postulates that as a corollary of this premise, research must be pursued only in a manner consonant with human integrity and dignity¹. These notions in turn call into play considerations relating to enlightened consent and to the protection of persons who are vulnerable due to their youth, their mental incapacity or their social status. Through an examination of Quebec positive law, we shall see if these noble standards are met.

The legality of non-therapeutic experimentation in Quebec is presently governed by art. 20 of the *Civil Code of Lower Canada* (hereinafter C.C.L.C.). It should be emphasized at the outset that the present *Civil Code* is in the process of being revised and indeed, certain provisions of the new code as they concern experimentation have already been adopted², but have not and will never come into force. This somewhat unusual situation results from the fact that on the 18th of December 1990, the Minister of Justice introduced before the National Assembly, yet another proposed *Civil Code of Québec* (hereinafter C.C.Q.) which is intended to replace the *Civil Code of Lower Canada* as well as those parts of the *Civil Code of Québec* which have previously been adopted³. Consequently, in order to provide as complete a picture as possible, this paper will first describe the present state of the law concerning experimentation and then will allude to those changes which will be brought about by this most recent *Civil Code* project. Also, it should be mentioned immediately that it is quite likely the proposed *Civil Code of Québec* will be amended prior to its coming into force. Therefore, the reader is well advised to note that these comments on the new code are based on its text as presently drafted and must thus be viewed as somewhat tentative.

-
1. The Law Reform Commission of Canada, in its working paper entitled *Biomedical Experimentation Involving Human Subjects*, (Ottawa, Law Reform Commission of Canada, 1989), refers to «respect for the dignity and autonomy of human beings» (at p. 3), an ongoing theme in its *Protection of Life Series*.
 2. *An Act to Add the Reformed Law of Persons, Successions and Property to the Civil Code of Québec*, 1987 S.Q. c.18, assented the 15th of April 1987.
 3. Bill 125, *Civil Code of Québec*, 1st Sess., 34th Leg. Que., 1990, presented by Gil Rémillard, Minister of Justice, the 18th of December 1990.

This study is divided into three parts; the first dealing with the conditions imposed by law for effecting research on humans, the second involving issues of liability, and the third describing the proposed revision of the law on experimentation, insisting more particularly on the changes which these revisions will bring to present law.

A - Conditions under which human experimentation may take place

Looking at the law of Quebec as it presently stands, art. 20 C.C.L.C. reads as follows:

«A person of full age may consent in writing to disposal *inter vivos* of a part of his body or submit to an experiment provided that the risk assumed is not disproportionate to the benefit anticipated.

A minor capable of discernment may do likewise with the authorization of a judge of the Superior Court and with the consent of the person having parental authority, provided that no serious risk to his health results therefrom.

The alienation must be gratuitous unless its object is a part of the body susceptible of regeneration.

The consent must be in writing; it may be revoked in the same way.»

As may be noted, the conditions enumerated in art. 20 involve issues of consent as well as the relationship between the potential risks and the benefits sought through experimentation. Before dealing with these aspects, there are two preliminary questions which must be addressed and concerning which the code is somewhat reticent.

The first relates to the type of experiment to which art. 20 is deemed to apply. Generally speaking, the notion of research can pertain to both therapeutic and to non-therapeutic experimentation, the distinction between these two branches being founded on the presence or absence of direct therapeutic benefit for the patient. There is some debate amongst Quebec legal writers as to whether the provisions of art. 20 C.C.L.C. are intended to apply to experimentation in all its forms or merely to non-therapeutic or purely scientific research⁴. The

4. W.F. Bowker, «Experimentation on Humans and Gifts of Tissue: Articles 20-23 of the Civil Code», (1973) 19 McGill L.J. 161 at p. 166; J.-L. Baudouin, «L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs», (1981) 26 McGill L.J. 809 at p. 819; *contra*: F. Heleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) 36 R. du B. 2 at pp. 29-30. In connection with the distinctions between therapeutic and non-therapeutic research and the problems related

predominant opinion favours restricting the application of art. 20 only to research of a non-therapeutic nature. The basis for this position is grounded on the concept that art. 20 is destined to regulate certain medical acts which do not inure to the benefit of the person whose integrity is in question, except possibly in an indirect manner⁵. However, upon closer examination, it may be perceived that this bipartite division between therapeutic and non-therapeutic experimentation lacks nuance since non-therapeutic research can be pursued for reasons not entirely of an unselfish nature. For example, a patient undergoing purely contraceptive sterilization⁶ or cosmetic surgery could be willing to submit to an innovative instead of a standard surgical procedure, provided the desired end result were attained. As this illustrates, although the intent is not therapeutic, the patient is actuated primarily by considerations relating to direct personal benefit.

Is it appropriate therefore that this type of activity be placed on the same footing as experimentation destined to increase knowledge or advance medical science without conferring a direct benefit upon the research subject?

If one bear in mind that the provisions of art. 20 C.C.L.C. were adopted in order to validate infringements of a person's physical integrity for the advantage of others⁷, this would seem to indicate that non-therapeutic acts of an experimental nature intended for the immediate benefit of the patient would best be governed by the *droit commun* rather than by the exceptional rules of this article of the *Civil Code*⁸.

The second controversial aspect which is not clearly dealt with by the code relates to the question of altruism in experimentation. Must the consent of

thereto, we highly recommend an article written by M.A. Somerville entitled «Therapeutic and Non-Therapeutic Medical Procedures - What are the Distinctions?», (1981) 2 Health Law in Canada 85.

5. A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 at p. 16, no 6.
6. *Zimmer v. Ringrose*, (1979) 89 D.L.R. 3d. 646 (Alberta Trial Division), (1981) 124 D.L.R. 3d. 215 (C.A.). In the Court of Appeal, it was decided that although sterilization by silver nitrate was innovative rather than experimental, it was viewed as a therapeutic act. In *Cryderman v. Ringrose*, [1977] 3 W.W.R. 109; [1978] 3 W.W.R. 481, (1979) 89 D.L.R. 3d. 32 (Alberta Supreme Court, Appellate Division), the Court treated the sterilization method as experimental.
7. According to A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5 at p. 17, no 8, the law has always admitted the possibility for an individual to allow infringements to one's integrity when they were in pursuit of a personal advantage or benefit.
8. In practice, the only consequences of this finding would relate to the requirement of a writing as a condition of validity, and to allowing certain non-therapeutic acts to be performed on incapable or protected persons, whereas the other rules pertaining to enlightened consent and to the evaluation of risk and benefit would be the same since they are straightforward applications of general legal principles.

the volunteer be «untainted» by economic incentives or can a person derive a financial benefit from his or her participation in an experiment?

Although art. 20 forbids any remuneration for the alienation of human organs or tissue unless they are susceptible of regeneration, it does not prohibit payment for participation in experimentation⁹. Interestingly enough, the present text of art. 20 constitutes a substantial departure from the text originally proposed by the Civil Code Revision Office which would have banned all forms of venality both in matters of organ or tissue donation as well as in cases of experimentation¹⁰. However, as the proposed law was being debated before the National Assembly, the Canadian Red Cross requested that it be modified to allow for the remuneration of blood donors¹¹. While heeding this suggestion, the National Assembly added to projected art. 20 C.C.L.C. a provision that alienations of human tissue would have to be gratuitous unless involving body parts susceptible of regeneration. In so doing, it failed to address the specific issue of rewarding volunteers for research. As a result, it may be affirmed that Quebec law does not forbid the payment of fees or honoraria to volunteers for experimental projects. Indeed, said sums could go beyond the mere reimbursement of expenses or indemnification for inconvenience.

These preliminary points having been resolved, we will examine the conditions set out by law for the validity of research on human volunteers.

1 - Consent - The consent of the experimental subject must not only be free and enlightened, it must also be expressed in writing and must be provided by a person having discernment.

i) Free and enlightened consent - It is trite to state that art. 19 C.C.L.C. allows for the infringement of a person's integrity as long as the individual concerned has been adequately informed of the nature and risks of the act contemplated and has expressed a valid consent thereto. In those medically-related matters where the goal pursued is not therapeutic in nature, the most contentious aspect concerning the obtaining of valid consent involves the extent

9. A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5 at pp. 81-82, no 61; F. Héline, *loc. cit. supra* note 4 at pp. 62-63; P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien», (1974) 52 Can. Bar. Rev. 247 at p. 258; A. Lajoie, P. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 at pp. 362-363, no 583.

10. Committee on the Law of Civil Rights and Duties, *Report on the Recognition of Certain Rights Concerning the Human Body*, (Montréal, Civil Code Revision Office, 1971) at pp. 6-7.

11. Québec, Assemblée Nationale, *Journal des débats* at p. 4551 (30 Nov. 1971).

to which the physician or researcher must provide information to the research subject.

In dealing with the quality of information which must be presented to the potential subject, Quebec jurisprudence is explicit - the experimenter must «...reveal without reservation all the risks involved in the undertaking»¹². The goal is not to «proffer threats» nor «offer a lesson in medicine», but merely to permit the person concerned to reflect thoroughly before risking his or her health for non-therapeutic reasons. This obligation to inform the candidate for research can be quite extensive. In the recent Quebec case of *Weiss v. Solomon, Kaback and the Jewish General Hospital*¹³, the Court held that «in matters of purely experimental research, the physician must reveal all known risks including those which are rare or remote, especially if they may entail grave consequences»¹⁴.

The *Weiss* case went even further. It held that a research program as well as activities ancillary thereto constituted a unified undertaking with the consequence that the obligation to inform would include not only the risks inherent in the actual experiment but also those pertaining to non-experimental examinations or tests which serve to monitor the outcome of the research itself. The *Weiss* case involved risks resulting from an injection of fluorescein in the course of angiography in order to verify the efficacy of experimental ophthalmic drops. Although angiography *per se* could be considered a routine medical procedure, it nonetheless entailed some risk, the existence of which should have been communicated to the patient. In the opinion of the court, this failure to inform was a fundamental reason for holding the researcher liable.

The duty, as set out by *Weiss v. Solomon*, of informing the patient of all known risks refers to all risks concerning which a reasonably competent researcher would have been aware, given the particular scientific context. Yet, this duty as so described raises serious questions when the research undertaken involves, of necessity, some degree of deception. Under certain circumstances, it seems obvious that some equivocation cannot be avoided when, for example, blind or double blind testing occurs. In cases such as these, would Quebec law countenance a lack of candour in the interests of science? One writer, adopting a utilitarian approach to the question, would favour allowing this type of

12. *Dulude v. Gaudette*, [1974] C.S. 618 at p. 621, Vallerand, J. (my translation). Note also art. 2.03.29 *Règlement concernant le code de déontologie*, (1980) 112 G.O.Q.1877. Thus the notion of «therapeutic privilege» is excluded when the goal pursued is not the actual treatment of a pathological state.

13. (1989) 48 C.C.L.T. 280; [1989] R.J.Q. 731, (Superior Court), L. De Blois, J.

14. (My translation). *Id.* C.C.L.T. at p. 303, R.J.Q. at p. 743. It is interesting to note that *Halushka v. University of Saskatchewan* ((1965) 53 D.L.R. 2d 436) was cited with approval by the court (in C.C.L.T. at pp. 302-303; in R.J.Q. at p. 742).

experiment to take place provided the risks involved remained negligible¹⁵. He adds as a precondition that it would have to be demonstrably impossible to properly carry out the experiment were the research subject wholly enlightened¹⁶. Since the basic rule in research posits the requirement of fully informing the subject, the safest approach would be to avoid deception since, in appropriate circumstances, any intentional infringement of a person's inviolability would give rise to more than nominal moral and exemplary damages¹⁷. Obviously, some modification of the law to cover this type of situation may be deemed desirable.

In experiments involving blind and double blind testing, it may be possible in some cases to obtain informed consent without having recourse to actual deception. In blind tests of pharmaceutical products for example, would it not be reasonable to argue that provided the subject were properly advised of the research protocol and of the possibility of receiving an innocuous substance rather than the actual product under trial, the researcher's legal obligations would be validly fulfilled in this regard?

Finally, it should be emphasized that in the interest of maintaining an atmosphere of mutual trust and respect for the autonomy of the subject, all persons conducting research would have to advise the participants not only of the risks involved but also of the scientific purposes of the experimentation. It is evident that the reason for this prerequisite is to enable volunteers to avoid becoming involved in research which they may find morally repugnant even though, in the eyes of most, the goals pursued are highly ethical¹⁸.

ii) Necessity of giving consent in writing - The law specifically states that the consent of the experimental subject must be given in writing. The

15. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 821.

16. *Ibid.*

17. *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. c. C-12, sec. 49.

18. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 823. This is an instance where the controversy whether *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880 and *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192 apply to Quebec law becomes more than a mere academic discussion. Under the *Reibl* rule, the question that the court would ask would be «Had a reasonable person known the goal of the experiment, would he or she have consented?» whereas under Quebec law, the court would inquire whether «Had the subject known the goal of the experiment, would he or she have consented?»; cf R.P. Kouri, «La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1987) 17 R.D.U.S. 493 and authorities cited. The Court in *Weiss (op. cit. supra* note 13) adopted the *in concreto* criterion in order to determine whether there was causation: «L'ensemble de la preuve permet à la Cour de conclure que Weiss n'aurait pas accepté de participer au programme de recherche accompagné d'angiogrammes à la fluorescéine, s'il avait été placé en présence d'une possibilité, même éloignée, de risque de décès ou même uniquement de collapsus dû à sa cardiomyopathie hypertrophique» (in C.C.L.T. at p. 296; in R.J.Q. at p. 742).

apparent goal of this requirement is not only to lessen the chances of a volunteer acting rashly, but also to facilitate proof that consent has indeed been given. Yet, one may query the actual nature of the written consent. Does it constitute fulfillment of an *ad solemnitatem* requirement or does it merely serve *ad probationem*? It is now generally admitted in Quebec that consent in writing is a condition of validity for any infringement of corporal integrity sanctioned by art. 20 C.C.L.C.¹⁹. Consequently, without written permission, purely scientific experimentation constitutes an illicit act. Nevertheless, the rather laconic manner in which art. 20 is drafted implies that while a writing is obligatory, its actual form remains unimportant. Thus, it is not necessary that the consent be made before witnesses (although this precaution could prove to be useful) nor, by the same token, is it necessary that consent be given by notarial deed.

Art. 20 goes on to mention that the revocation of consent may also be made in writing. Some controversy surrounding the form of the revocation has arisen in Quebec legal writing²⁰ because a careful reading of the French version of the Code appears to imply that consent may be revoked only in writing. However, a consensus has emerged that this ambiguity was merely a result of poor drafting and that the actual intent of the National Assembly was to allow revocation of consent at any time and without formality, although preferably in writing as a means of proof²¹. In any case, it should be noted that the continuation of an experiment contrary to the wishes of the experimental subject, whether expressed in writing or verbally, would constitute a criminal assault²² as well as a civil delict²³.

iii) Consent of a person having discernment - In its original draft of what was to become art. 20 C.C.L.C., the Quebec Civil Code Revision Office proposed that only capable adults be permitted to donate organs and tissue or consent to experimentation²⁴. In the course of the National Assembly debate on the bill, it was decided to amend the project and extend the right to give tissue or participate in experimentation to certain minors as long as there were no serious risks to health involved. Another proviso added coincidentally included the requirement that the minor act with the «consent» of the person having

19. F. Heleine, *loc. cit. supra* note 4 at p. 35; A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5 at p. 44, no 35; J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 820.

20. J.-G. Castel, «Nature and Effects of Consent with Respect to the Right to Life and the Right to Physical and Mental Integrity in the Medical Field: Criminal and Private Law Aspects», (1978) 16 *Alta L.R.* 293 at p. 305; Baudouin, *ibid.*

21. F. Heleine, *loc. cit. supra* note 4 at pp. 35-36; Lajoie et al, *op. cit. supra* note 9 at p. 173, no 286; Baudouin *ibid.*

22. Sec. 265 Cr.C.

23. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 820.

24. Committee on the Law of Civil Rights and Duties, *op. cit. supra* note 10 at p. 6.

parental authority as well as with the authorization of a judge of the Superior Court.

It is clear from the terms of arts 19.3 and 20 C.C.L.C. that adult mental incompetents cannot be subjected to experimentation, even with the concurrence of their legal representatives, for the simple reason that this type of activity is not in the immediate best interest of the person unable to consent²⁵. (We exclude the somewhat facile notion of research helping mankind and thus indirectly helping the experimental subject).

As for minors, the law sets out discernment as the criterion for eligibility to participate in purely scientific research. Therefore, unlike the provisions of the *Public Health Protection Act*²⁶ which arbitrarily determine an age²⁷ at which a minor may, without assistance, consent to treatment required by his or her state of health, the *Civil Code* does not set out an age at which a minor's integrity may be infringed in the interest of others. In practical terms, this means that discernment will vary from one minor to another depending upon the maturity, intelligence and knowledge of the child involved. By thus allowing discernment to be treated as a pure question of fact, there will always exist a degree of uncertainty since interpretations of given fact-situations will inevitably vary from one judge to another.

Moreover, one may query whether the notion of discernment to which art. 20 alludes relates to the capacity to be held civilly liable (i.e. the capacity to discern right from wrong)²⁸, or whether it relates to the capacity to contract (i.e. the capacity to understand the nature of the juridical act to be entered into and its consequences)? When the question is presented in this manner, it becomes obvious that the notion of discernment is not monolithic but rather is one which varies according to the legal context under scrutiny. For example, it may be possible for a particular child to discern right from wrong at a relatively early age and thus be held civilly liable while this same child would not necessarily have sufficient discernment to be bound by contract²⁹. By the same token, could

25. Art. 19.3 C.C.L.C. provides: «A person who consents to or refuses care for another person [unable to consent] is bound to act in the sole interest of that person taking into account, so far as possible, any wishes expressed by that person.» See also M. Ouellette, «La loi sur le curateur public et la protection des incapables», (1989) 3 C.P. du N. 1 at p. 14.

26. R.S.Q. c. P-35.

27. *Id.* sec. 42. The lower limit is set at fourteen years.

28. For example see *Ginn v. Sisson*, [1969] C.S. 585.

29. Yet in the case of *Cayouette v. Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (Superior Court), dealing with an application to grant a 5 year-old child permission to give bone marrow to his 3 year-old brother, V. Melançon, J. held that: «Donner exclusivement à ces mots 'doué de discernement' le sens général signifiant celui qui a atteint l'âge de raison serait limiter la portée de l'article qui traite aussi du 'bienfait' que l'on attend de l'intervention.» (at p. 2232) As a result, the

it not be argued that the capacity to comprehend the risks and consequences of a gift of human tissue or of participating in an experiment would have to be even greater than for making decisions of a patrimonial nature, considering the fact that one's actual integrity is at stake³⁰?

One writer has suggested that it is difficult, in practical terms, to envision a child less than fourteen years of age as having the discernment necessary to submit to non-therapeutic experimentation³¹. Nevertheless, the disquieting fact remains that a number of decisions have been rendered by Quebec courts in which children of two, three, four and five years of age³² have been deemed sufficiently capable of consenting to gifts of bone marrow for purposes of transplantation into a sibling. Yet, one must place these decisions in their proper context. In all cases, a close family relative was in immediate danger of death, and all other potential donors were not histocompatible with the donee. Also the risks for the donor were minimal (if one accepts general anesthesia as entailing little risk), and the child «donor's» entourage was in favour of the operation. One would almost tend to categorize this type of situation as a case of necessity³³. However, it seems clear that these or similar redeeming considerations would not be present when it becomes a question of submitting a young child to purely scientific experimentation.

In the case of older minors, art. 20 imposes the restraining influences of parental «consent» and judicial authorization in order to protect a child having discernment from excessive enthusiasm, generosity or lack of mature reflection³⁴. As one writer properly points out, there is an obvious error in the language of this article³⁵. The parents and a Superior Court judge may only authorize the child having discernment to consent to the experiment. They

judge held that since the 5 year-old understood that he would be giving something to his sick brother, he was able to understand or discern the nature of the intervention and appreciate its advantages for his brother.

30. This is especially striking when one recalls that as a rule, minors are not allowed to make gifts of property, cf art. 763 C.C.L.C.

31. A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5, at p. 68, no 54.

32. See for example *Cayouette v. Mathieu*, *op cit supra* note 29; P. Deschamps, D. Sauvé, «Aspects juridiques de la transplantation de moelle osseuse», (1981) *Le Médecin du Québec* 51.

33. One should emphasize the word «almost» since necessity constitutes a defence to having committed an otherwise wrongful act. More particularly, when necessity is invoked as a matter of course in all cases of this nature, then its pertinence becomes highly questionable since the essence of necessity is that it occurs when a wrongful act is committed in order to avoid a greater harm, and this wrongful act is the only reasonable way to avoid such harm. See generally J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3rd ed., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990 at p. 69, no 115 and references.

34. F. Heleine, *loc. cit. supra* note 4 at p. 51.

35. B. Knoppers, «Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical», (1978) 19 C. de D. 893.

cannot consent in his or her place. It should also be noted that the father and mother exercise parental authority together³⁶ and both must authorize the child to submit to experimentation. In cases of conflict between the parents as to whether giving their authorization would be opportune, the *Civil Code* states that difficulties relating to the exercise of parental authority may be referred to the court, which must then decide the issue in the best interest of the child³⁷. It seems fair to state that any disagreement between the parents would tend to discourage the court from authorizing participation in experimentation since in most cases, judicial conservatism would favour the safest course.

As another general condition of validity for experimentation upon minors having discernment, the law requires that no serious risk result therefrom. Since this aspect is pertinent to the discussion of the relationship between risks and benefits, it will be analysed in that context (*infra*).

It is disturbing to note that by restricting participation in purely scientific experimentation only to capable adults or to minors having discernment, the present *Civil Code* seems to be somewhat out of touch with scientific imperatives³⁸. To begin with, certain highly useful experiments entail absolutely no risk to the research subject. Is there any reason why they should be forbidden? Moreover, in the field of pediatric medicine, research on children remains essential. Indeed, the Medical Research Council in its report on *Ethics in Human Experimentation*³⁹ noted that a ban on all research involving persons unable to give an informed consent,

«... would drastically curtail research on such diseases as the serious mental illnesses, respiratory distress syndrome, childhood leukemia, sudden infant death syndrome (crib death), cystic fibrosis and a variety of other genetically determined diseases that affect the young and frequently cause early death»⁴⁰.

36. Art. 648 C.C.Q.

37. Art. 653 C.C.Q.; art. 30 C.C.L.C.

38. See for example G. Reback, «Fetal Experimentation: Moral, Legal and Medical Implications», (1974) 26 Stanford L.R. 1191 at pp. 1195-96; J.M. Burchell, «Non-Therapeutic Medical Research on Children», (1978) 95 S.A.L.J. 193 at p. 196; D. Langer, «Medical Research Involving Children: Some Legal and Ethical Issues», (1984) 36 Baylor L.R. 1, at pp 2-6; M. Clapp, «State Prohibition of Fetal Experimentation and the Fundamental Right of Privacy», (1988) 88 Columbia L.R. 1073 at p. 1086 *et seq.*

39. Report no 6, Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1978.

40. *Id.* at p. 30.

Likewise, the code is conspicuously silent regarding research on embryos and fetuses. Can we assimilate the unborn to children lacking discernment and extend the research ban to pregnant women or to cells fertilized *in vitro* prior to implantation? Or should we lean in the opposite direction and treat the unborn (excluding fertilized eggs *in vitro*) as *pars viscerum matris*? If one is mindful of the celebrated Supreme Court case of *Montreal Tramways Co v. Léveillé*⁴¹, which viewed an unborn child as an entity capable of sustaining an injury for which an action would lie upon its birth, it would appear problematic that fetuses be exposed to intrusive experimentation. If a foetus were subjected to experimentation from which harm resulted, it is doubtful that the assent of the mother to this research would provide the researcher with immunity from an action in damages brought on behalf of the newborn child. Indeed, in certain cases, the child could even sue his or her own mother for having knowingly participated in risky experimentation.

When one refers to the more recent Supreme Court judgment in *Daigle v. Tremblay*⁴² in which the father of an unborn child sought an injunction to prevent the mother from obtaining an abortion, the legal situation becomes even more clouded. Here, the Court held that until birth, the foetus enjoyed no personality rights and its continued existence would depend upon the decision of the mother. From this finding, it would be reasonable to infer that unless considerations relating to public order and good morals dictated otherwise, a pregnant woman could permit hazardous and intrusive non-therapeutic experimentation to be performed on her foetus provided it were never allowed to come to term. Were the foetus to be born in a viable state, it would acquire legal status retroactively and the rule in *Montreal Tramways Co v. Léveillé*⁴³ would then apply. Consequently, the only sure way a woman could avoid potential liability arising out of foetal experimentation would be to eventually seek an abortion. One can only surmise that this anomaly has led the Law Reform Commission of Canada to recommend that legislation be adopted allowing experimentation on fetuses provided there be at most minimal risk involved⁴⁴.

2 - Proportionality between risk and benefit

Art. 20 states that human experimentation may be performed as long as «the risk assumed is not disproportionate to the benefit anticipated». An appreciation of the notions of risk and benefit may go beyond a simple

41. [1933] S.C.R. 456. See generally, R. Kouri «Réflexions sur le statut juridique du foetus», (1980-81) 15 R.J.T. 193.

42. [1989] 2 S.C.R. 530.

43. *Op. cit. supra* note 41.

44. *Op. cit. supra* note 1 at pp. 54-55.

evaluation of the physical status of the person implicated. It may also entail an evaluation of the psychological, affective and even social consequences for the individual⁴⁵. The law thus sets out criteria which are somewhat vague or imprecise which, in itself, may be viewed as a mixed blessing. On the one hand, it allows the courts a certain latitude or flexibility when called upon to judge the behavior of researchers. Indeed, it is fair to state that in setting out such a broad standard, the National Assembly certainly cannot be faulted for having erected unreasonable obstacles to medical research. On the other hand, the difficulties inherent in evaluating the risks/benefits standard are quite obvious. In some types of research for example, how can one accurately measure the potential risks when, by definition, experimentation aims at exploring the unknown⁴⁶; any hoped-for benefit being only hypothetical or perhaps merely eventual? As well, while not an unworthy goal in itself, any advantage derived from purely scientific research would benefit humanity in general⁴⁷ rather than the research subject in particular. Yet, legally speaking, any appreciation of the notion of risk in proportion to benefit must relate to the situation of the individual directly concerned⁴⁸. Aside from the satisfaction derived from having performed an altruistic act or even of having earned some monetary reward through participation in a research project, how can such «benefits» outweigh the substantial risks involved in many types of experimentation? As a result, it may be argued that the utilization of a risk/benefit standard becomes downright misleading in non-therapeutic circumstances⁴⁹. Nevertheless, the terms of art. 20 remain unequivocal - one may perform clinical research provided, *inter alia* there is a preponderance of benefit over risk⁵⁰.

Taken literally, this would mean that as long as the benefits outweighed the risks, almost any risk could be incurred. For example, it could be argued that a very hazardous non-therapeutic experiment would be legitimized by an important potential benefit for humanity to be derived therefrom. Fortunately, the law is not so simplistic in its application. Public order establishes a limit as to the degree of risk to which one may be exposed no matter how great the

45. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 831.

46. See for example G. Mémeteau, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985 at p. 314, no 471.

47. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 830.

48. A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5 at p. 17, no 7; G. Mémeteau, *loc. cit. supra* note 46 at p. 335, no 498.

49. A better approach would be to refer to the notion of public order and require that the experimentation be scientifically useful and ethically valid when no immediate benefit for the research subject is intended. As well, the risks involved would have to be minimal.

50. Regrettably, the Law Reform Commission paper (*op. cit. supra* note 1 at p. 33) fails to address this problem, stating merely that «When the purpose of an experiment is exclusively scientific, such that no personal benefit can be expected by the experimental subject, 'benefit' takes the form of an increase in learning, in scientific knowledge. The benefit becomes general and social in nature, and society as a whole is the beneficiary.»

anticipated benefit⁵¹. Since the rule of inviolability set out in art. 19 C.C.L.C. as well as in sec. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*⁵² and sec. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁵³, has as primary goal the protection of the individual, the magnitude of any risk which may be assumed must remain quite limited.

With regard to experiments relating to minors having discernment, we have already alluded to the legal requirement that no serious risk to the minor's health may result therefrom. Does this standard replace that of comparing risk to benefit already used in conjunction with experimentation on capable adults? While this opinion is entertained by some⁵⁴, it is felt generally that this restriction merely lowers the limit concerning the extent to which risks can be assumed in proportion to benefits⁵⁵. Thus hypothetically, an experiment entailing no foreseeable advantage or usefulness cannot be validly performed even if it does not expose the minor child to any risk. Likewise, an experiment holding out great promise for scientific progress but which exposes the minor to serious risks cannot be undertaken.

It should be noted that the duty of evaluating the risks and benefits, whether for adults or for minors having discernment, must be assumed by the person performing the experiment⁵⁶, since it is this person whose liability will be incurred by any violation of art. 20 C.C.L.C.

B - Liability of the parties involved in research

Before examining the particular situations of the various parties directly or indirectly involved in research, the following observations must be made. To begin with, this paper will not review all aspects of medical liability such as issues of confidentiality, abandonment, proof by presumptions of fact etc. The reader may refer to the usual doctrinal sources and to the principles generally applicable to medical malpractice litigation.

Another preliminary aspect to be dealt with is that of prescription. Art. 2260a C.C.L.C. reads as follows:

-
51. The Law Reform Commission (*id* at p. 34) evaluates risk both in terms of its seriousness as well as in terms of its probability of occurring.
52. *Op. cit. supra* note 17.
53. *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Canada Act 1982, Schedule B, 1982 (U.K.)* c.11.
54. J.-L. Baudouin, *loc. cit. supra* note 4 at p. 826.
55. Cf A. Mayrand, *op. cit. supra* note 5 at pp. 67-68, no. 54; F. Héleine, *loc. cit. supra* note 4 at p. 54; A. Lajoie et al. *op. cit. supra* note 9 at p. 178, no 291.
56. P.-A. Crépeau, *loc. cit. supra* note 9 at p. 257.

«In matters of medical or hospital responsibility, the action in indemnity for bodily or mental prejudice caused to a patient is prescribed by three years from the date of the fault.

However, if the prejudice becomes apparent gradually, the delay runs only from the day on which it first appeared.»

Although the researcher need not be a health professional nor the research subject a patient in the strictest sense, it is fair to state that since Quebec courts have tended to regroup all malpractice litigation relating to medicine under this provision⁵⁷, liability from non-therapeutic research would be subject to a three year prescriptive period. Yet, the apparent generality of this three year rule must be qualified. It applies only to recourses for «bodily or mental prejudice» caused to the victim. As an exceptional provision, it would not pertain to certain actions for moral damages caused by medical fault. An example which comes to mind would be an intentional breach of confidentiality which could cause harm to reputation and would even give rise to exemplary damages⁵⁸. In this type of situation, the prescriptive period would be one⁵⁹ or two years⁶⁰ in delictual or quasi-delictual matters, and thirty years⁶¹ in cases of contractual liability⁶².

Finally, although the Court of Appeal has held recently that non-liability clauses pertaining to bodily injury were not contrary to public order and good morals⁶³, it should be noted nonetheless that because of specific Health Law legislation, stipulations excluding the liability of certain researchers or institutions would be considered void in Quebec. According to the *Health Services and Social Services Act*,

«No establishment, nor its directors, employees or agents, nor any professional may solicit a renunciation by any person or his agents of the responsibility resulting from professional fault or resulting from the hospitalization or lodging of such person, or from medical examinations, treatments or surgical operations.

57. Cf *Brochu v. Auger*, [1981] C.S. 971; L.-H. Richard, *La responsabilité professionnelle du dentiste*, Sherbrooke, Les Editions Revue de Droit, 1986 at p. 63, note 323.

58. *Charter of Human Rights and Freedoms*, *op. cit. supra* note 17, sec 49.

59. Art. 2262(1) C.C.L.C.

60. Art. 2261(2) C.C.L.C.

61. Art. 2242 C.C.L.C.

62. See generally, A. Bernardot, R. Kouri; *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Editions Revue de Droit, 1980 at p. 61, no 88 *et seq.*

63. *Potvin v. Stipetic*, [1989] R.J.Q. 777 (C. A.)

If such renunciation is made, it shall be void»⁶⁴.

For the purposes of this paper, our discussion of civil responsibility will be limited to the liability of the researcher, the institution at which research is taking place, and the research subject.

1 - The Researcher - The researcher's liability may be either contractual or extra-contractual in nature. It is contractual when a valid contract to perform research on a human subject has been formed with a particular individual. This type of liability would be encountered, for instance, in cases where the consent obtained was not sufficiently enlightened or where the research was carried out in a negligent fashion.

Delictual or quasi-delictual liability arises when the subject has withdrawn consent and the researcher proceeds in spite of this refusal to participate⁶⁵, or where a requirement for the validity of experimentation has not been observed, e.g. the failure to obtain consent in writing.

The scope of liability of the researcher in charge of a project may be quite extensive. The *Weiss* case⁶⁶ enunciated the principle that the person responsible for the research protocol is bound to ensure that respect for the security and integrity of the research subject is maintained during the whole course of the experiment, including during all verification and diagnostic procedures effected in conjunction with the actual research⁶⁷. This implies that the researcher would be liable not only for his or her personal acts or omissions, but also for the activities of the individual members of the research team through application of the maxim *qui facit per alium facit per se*⁶⁸. Indeed, in law, when a debtor invites third parties to fulfill his or her contractual obligations, it is logical that non-fulfillment of this duty by a third party will engage the contractual liability of the primary debtor⁶⁹. In addition to a recourse against the researcher, the victim would also have a quasi-delictual claim under art. 1053

64. *An Act Respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q. c.S-5, sec 127. At the time of writing, this law was in the process of undergoing revision. This revision has since been completed cf *An Act Respecting Health Services and Social Services and Amending Various Legislation*, S.Q. 1991, c. 42, adopted the 28th of August 1991 and assented to the 4th of September 1991. This rule is now expressed in sec. 16 of the revised act.

65. *Beausoleil v. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, [1965] B.R. 37.

66. *Op. cit. supra* note 13.

67. *Id.* at p. 300 (C.C.L.T.), or at p. 741 (R.J.Q.)

68. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien», (1981) 26 McGill L.J. 673 at p. 722.

69. See *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.) at pp. 2641-2642 (opinion of LeBel, J.).

C.C.L.C. against the person actually causing the harm, such as a research assistant, nurse, technician or other member of the team.

One problem in medical research which remains to be resolved concerns the standard according to which the researcher's behavior is to be judged. Would it be realistic to compare the actions of a physician engaged in research to those of a reasonable physician involved in «ordinary» practice? Wouldn't a higher standard be more appropriate, given the circumstances in which the harm occurs? In Quebec law, taking as analogy the liability of surgeons performing purely cosmetic surgery as compared to that of surgeons carrying out therapeutic operations, the courts have refused to set up stricter standards by which to evaluate the performance of non-therapeutic treatment. However, as previously indicated, the duty to inform has been viewed more stringently in circumstances where the goal of the act was not therapeutic. It seems logical to assume that there would probably be a similar trend in matters relating to pure experimentation. In this connection, it should be noted that as a matter of fact, not all medical experimentation is carried out by physicians. In such cases, should a different, perhaps less exacting standard be imposed for example on a person holding a doctorate in physiology but who is not a physician, than would be expected of a medical doctor? The answer, on grounds of public order, would likely be in the negative since a fundamental role of the law is to ensure the protection of a person's integrity⁷⁰. A variation in standard depending upon the qualifications of the person acting, as opposed to a variation in standard according to the activity being performed, would not be conducive to providing equal protection to all individuals⁷¹.

Therefore, no matter who administered the experimental procedure, the criterion for evaluating whether a fault has occurred would be the standard of a reasonably competent, conscientious and attentive physician acting in similar circumstances⁷².

2 - The Institution - There is an ongoing debate in Quebec law as to the existence of a master and servant relationship between a physician performing medical acts and the institution where such activities occur. The reason for this

70. Art. 19 C.C.L.C.

71. Indeed, in cases of medical malpractice, it has been decided that when a nurse performs acts of a medical nature which only a physician can accomplish, or when a general practitioner performs specialized medical acts, these persons will, in the interest of the patient, be held to the higher standard, cf A. Bernardot & R. Kouri, *op. cit. supra* note 62 at pp. 13-14, no 22 and references therein cited.

72. Note that we refer to the «procedure» or actual experiment as opposed to, for example, the testing of an experimental medication in capsule form and which has been administered by a nurse at the request of the physician-researcher. In this case, it is obvious that the nurse would not be liable for the experimental aspect of the intervention.

debate relates to the determination whether art. 1054 C.C.L.C. imposing vicarious liability on a master or employer can apply in favour of a patient or research subject. The predominant view tends toward denying such a relationship⁷³, although the Supreme Court of Canada has on occasion decided the contrary⁷⁴. The preferable approach would be to exclude vicarious liability except in circumstances where the researcher was acting on the institution's behalf rather than in pursuit of his or her personal interest. In the final analysis, since medical liability in Quebec usually arises out of contract, it is submitted that in most cases, a discussion of whether or not a physician is a *préposé* or servant becomes somewhat less pertinent⁷⁵.

73. Cf A. Bernardot & R. Kouri, *op. cit. supra* note 62 at p. 350, no. 534 *et seq.*; P.-A. Crépeau, *loc. cit. supra* note 68 at p. 719; J.-L. Baudouin, *op. cit. supra* note 33 at pp. 265-266, nos 513-514; see also *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, *op. cit. supra* note 69 at p. 2639.

74. *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745.

75. Even when the context of liability is extra-contractual, P.-A. Crépeau (*loc. cit. supra* note 68 at pp. 733-734) presents a persuasive argument based upon the *qui facit per alium* rule for dispensing with the necessity of establishing a master-servant relationship as a condition precedent for holding the hospital liable. According to Crépeau, «En ce qui concerne le fait d'autrui, on devra admettre que la faute d'un auxiliaire, professionnel ou non, dans l'exécution de ces prestations personnelles de soins et de services, assumées légalement par l'établissement, entraînera la responsabilité de ce dernier, non pas comme on l'estime parfois, sur la base plus astreignante du régime de garantie du commettant, instauré par l'article 1054, alinéa 7 C.c., mais bien, et plus largement, sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'article 1053 C.c. En effet, la maxime *qui agit per alium agit per se (...)* ne joue pas seulement en matière contractuelle, mais bien chaque fois qu'une obligation personnelle est mise à la charge du débiteur, soit qu'il l'ait assumée par contrat, soit qu'elle lui ait été imposée par la loi.» (at p. 733). While S. Nootens («La responsabilité civile du médecin anesthésiste (2e partie)», (1989) 19 R.D.U.S. 317 at pp. 374, 375) and F. Tôth («Contrat hospitalier moderne et ressources limitées: conséquences sur la responsabilité civile», (1990) 20 R.D.U.S. 313 at pp. 324-325) refuse to admit the validity of this point of view, D. Jutras, in his article «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec», (1990) 31 C. de D. 821 at p. 830 fails to address Crépeau's thesis. It is worthwhile recalling that while art. 1054 para. 7 C.C.L.C. creates a regime of liability applicable to an employer or *commettant* for the fault of the *préposé*, it is in fact a regime of liability without fault, whereas in the case of a legal obligation to do which is imposed upon a particular person, such person's failure to fulfill this obligation due to the act or omission of another person acting at the behest of the primary debtor would constitute a straightforward application of the *qui facit per alium* rule. Crépeau's point of view is highly plausible in cases where medical treatment is provided in an extra-contractual context because as he properly points out, establishments such as hospitals are under a legal duty to offer such care (*loc. cit. supra* note 68 at pp. 677 - 678). But does his reasoning still hold true when the situation contemplated is one involving pure research? A brief examination of the *Health Services and Social Services Act* (*op. cit. supra* note 64) indicates that Crépeau's thesis does indeed remain applicable. To begin with, the Minister of Health and Social Services has the duty to promote research and teaching (sec. 3(f)). In order to attain this goal, establishments may, in addition to the services which are usually offered, provide «... teaching and research services if bound by a contract of affiliation recognized by the Minister of Education or the Minister of Higher Education and Science and by the Minister of Health and Social Services...» (sec. 125). This leads one to believe that the mission of certain hospital centers may be expanded to include purely scientific research. By implication therefore, sec. 4 of the

According to the *Weiss* case⁷⁶, an institution would be liable not only for the fault of the physician who actually performs the research work but also for the negligence of its research committee in approving, for example, the research protocol or the information to be included in the consent form⁷⁷. This case also suggests that insufficiently selective criteria for the choice of research subjects likewise could be a source of liability of the institution through its research committee⁷⁸. Moreover, the Court in *Weiss* held the institution liable for failing to have appropriate equipment such an electrocardiograph or a defibrillator readily accessible in cases of emergency arising during an experiment. Clearly, the type of emergency equipment which should be available would depend upon the kind of experiment performed and the untoward reactions which could occur.

3 - The Research Subject - Although at first blush it appears unusual to evoke the notion of the research subject's liability, there may arise situations in which substantial harm could be caused to the researcher and other interested parties due to the acts or omissions of the volunteer. This discussion centers around the notions of compliance or collaboration. A lack of compliance on the part of the subject could well be the source of inaccurate data, time lost, wasted effort as well as needless expense. Compliance includes honesty and candour in providing personal information for purposes of identification and selection of the candidates for research. It can also take the form of active collaboration or following instructions during the administering of the experiment itself. It could include returning, if necessary, for any follow-up observation, testing or care⁷⁹.

It should be emphasized that participation in an experiment must always be totally voluntary, which explains why, for example, one must not use prisoners for experimentation⁸⁰, and why the experimental subject may withdraw

Health Services and Social Services Act would apply equally to both research subjects and to those receiving medical treatment in such establishments. Speaking objectively however, situations in which pure research is undertaken without a contract having previously been entered into between the establishment and the subject or his or her representative would be highly exceptional.

76. *Op. cit. supra* note 13.

77. *Id.* at pp. 304-305 (C.C.L.T.) and at pp. 743-744 (R.J.Q.). While this writer would agree with the decision that the hospital be held liable for its own fault or for the fault of its research committee acting in the hospital's interest, the Court merely states that since the researcher committed a fault, this negligent act would also engage the liability of the hospital under art. 1054(7) C.C.L.C. This latter finding is somewhat paradoxical, given the fact that there was a contract between the patient and the principal researcher.

78. *Id.* at p. 304 (C.C.L.T.) and at p. 744 (R.J.Q.)

79. See generally, A. Bernardot & R. Kouri, *op. cit. supra* note 62 at p. 219 *et seq.*

80. See for example *Kaimowicz v. Michigan Dept. of Mental Health*, (1978) 42 U.S.L.W. 2063. See also the *Règlement sur les établissements de détention*, R.R.Q., 1981, c P-26, r 1, art. 21.

his or her consent at any time. One writer suggests that even when participation in this type of voluntary activity may be withdrawn at the last minute, should such a refusal to continue cause damage to others, the subject could be held liable for having abused his or her rights⁸¹. The consequences of this point of view are troubling, especially in matters of pure research. Indeed, one would hesitate to approve coercing ongoing participation in an experiment because of exposure to a potential abuse of rights damages action. Between the freedom of the individual and the possibility of causing inconvenience to others, it is felt that participation in experimentation should be entirely voluntary and free from fear of suit, should a change of heart occur.

C - The new law governing experimentation

As already mentioned⁸², the projected *Civil Code of Québec* sets out rules dealing specifically with medical experimentation. The pertinent provisions are contained in articles 20 to 24 C.C.Q., which read as follows:

«20. A person of full age who is able to give his consent may submit to an experiment provided that the risk incurred is not disproportionate to the benefit that can reasonably be anticipated.

21. A minor or a person of full age who is unable to give his consent may be submitted to an experiment only in the absence of serious risk to his health and of objection on his part, provided that he understands the nature and consequences of the act; the consent of the person having parental authority or of the mandatary, tutor or curator is required.

Furthermore, a benefit to the health of the person concerned or of persons of the same group must be expectable; in the first case, the authorization of the court is required and in the second, the research project as part of which the experiment is carried out must be approved by the Minister of Health and Social Services.

Innovative care required by the state of health of a person who submits to such care is not considered to be an experiment.

22. A part of the body, whether an organ, tissue or other substance, removed from a person as part of the care he receives may be used for

81. A. Mayrand *op. cit. supra* note 5 at p. 83, no 62. It should be noted however, that Mayrand was discussing a last minute refusal to go through with a promised gift of tissue. Also, it should be recalled that the notion of abuse of rights *stricto sensu* is based upon something which is done in bad faith cf. *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334.

82. *Op. cit. supra* note 3.

purposes of research, unless the person concerned or the person qualified to give consent for him objects.

23. When the court is called upon to rule on an application for authorization with respect to the alienation of a part of the body, medical care or an experiment, it shall obtain the opinions of experts, of the person having parental authority, of the mandatary, of the tutor or the curator and of the tutorship council; it may also obtain the opinion of any person who shows a special interest in the person concerned by the application.

The court is also bound to obtain the opinion of the person concerned unless that is impossible, and to respect his refusal unless the care is required by his state of health.

24. Consent to the alienation *inter vivos* of a part of a person's body, to medical care not required by a person's state of health or to an experiment shall be given in writing.

It may be withdrawn at any time, even verbally.»

For purposes of our comparison with the law presently in force, we will allude only to those aspects of the proposed legislation which constitute substantial modifications to current law.

1 - Capacity - In a clear departure from the provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, it would become possible for an adult or minor lacking discernment to participate in an experiment. In such cases, consent would be supplied by an interested third party such as the person having parental authority, the mandatary or the tutor or curator. Other conditions precedent are also established according to the type of experimentation to be undertaken, since the new code would explicitly regulate both therapeutic experimentation (other than innovative therapy) and purely scientific research⁸³. In the former situation,

83. Therapeutic experimentation can be distinguished from innovative therapy in that the former aims at providing direct benefit to the research subject by utilizing therapeutic modalities, any contribution to the acquisition of knowledge being secondary, whereas in the case of the latter, which also has as its goal the direct benefit of the patient, the acquisition of knowledge is not a mere fortuitous by-product but an end actively pursued. As we can see, the relationship between the two is characterized by the aim of acting in the immediate best interest of the experimental subject. The nature of this relationship leads one to wonder why the drafters of the proposed *Civil Code* have seen fit to recommend controls for the performance of experimental therapy and not for innovative therapy since the risks are arguably similar. Indeed, because of the interest pursued, would it not be more logical to contemplate both activities as facets of therapy and deem them subject to the same legal rules? On the other hand, some writers feel that since both innovative therapy and therapeutic research constitute research, they should be subject to the rules governing

those entitled to act on behalf of the person under protection could do so only with the permission of the court⁸⁴.

The court, before granting authorization, first would be called upon to consult with certain persons such as experts in the field and with the experimental subject's representatives. It could also consult with or obtain the advice of other interested third parties⁸⁵.

Paradoxically, under this legislation, should the research subject in fact be capable of expressing an opinion on his or her participation in an experiment, the court would be bound to respect the subject's refusal unless the experimentation was necessitated by that person's state of health. By definition therefore, therapeutic experimentation implies that in almost all situations, the incapable patient would never be allowed to refuse treatment.

As for purely scientific research, aside from the consent of those entitled to act on behalf of the person under protection, the only other legal safeguard in place would be the necessity of having the research project approved by the Minister of Health and Social Services⁸⁶. Court authorization would no longer be required.

It is interesting to note that despite the pressing need for guidance on the subject⁸⁷, no indication is given by these new provisions whether research may be performed on the unborn. On the one hand, the absence of any formal prohibition of foetal experimentation could be interpreted as a tacit approval of this type of act. On the other hand, it could be posited that the internal logic of the new codal articles on consent would tend to indicate that fetuses or embryos cannot be experimented upon, subject of course to the nuances alluded to above in our discussion of current law. The fact that only under exceptional circumstances would the new code allow «proxy» consents on behalf of those who are under the law's protection, argues in favour of this latter point of view

experimentation. See generally, M. Somerville, *loc. cit. supra* note 4 at p. 86; the Law Reform Commission working paper on biomedical experimentation, *op. cit. supra* note 1 at pp. 4-5; Medical Research Council of Canada, *Guidelines on Research Involving Human Subjects*, (Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1987) at p. 9.

84. Art. 18 para 2 C.C.Q.

85. Art. 19 C.C.Q.

86. Of course, the research protocol would still be subject to the controls imposed by the funding body such as the Medical Research Council of Canada. These controls, however, derive from the legal relationship between the researcher and the funding body, and do not affect the legality of the research *per se*.

87. See generally the Medical Research Council of Canada's guidelines, *op. cit. supra* note 83 at pp. 32-35; B. Knoppers, *Conception artificielle et responsabilité médicale*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986 at p. 5.

since it is a fundamental rule that exceptional provisions must be interpreted restrictively. Consequently, a cogent argument may be made that the new code would indeed forbid foetal experimentation, at least *in utero*. However, the drafting of art. 22 C.C.Q. is tantalizingly vague. At first glance, one could dismiss this article as confirmation of the rule that once parts of the human body are obtained as a by-product of surgical or diagnostic procedures, the average patient is generally indifferent as to the disposition of such tissue or substances. In other words, it codifies current practices. Perhaps some would be inclined to view art. 22 C.C.Q. as an attempt to provide a statutory resolution to any potential debate similar to that dealt with in the case of *Moore v. Regents of the University of California*⁸⁸, involving the right of a cancer patient to a portion of the profits generated from the production and sale of a cell-line derived from his cancer cells. But if this were the goal of art. 22, it would seem reasonable that ownership of the human tissue or substances would have to be attributed to the researcher, the hospital or the research institution, which in fact, art. 22 C.C.Q. fails to do. This leads one to the only other hypothesis possible, especially in light of *Daigle v. Tremblay*⁸⁹. Since the Supreme Court dismissed the notion of granting personhood to the unborn, and since under Quebec law, it would not be appropriate to treat foetuses and embryos as objects of ownership⁹⁰, the idea that aborted foetuses could be used for research becomes plausible. By the same token, it leads one to the conclusion that surplus fertilized ova produced in the course of *in vitro* fertilization could also be used for experimentation.

2 - Other criteria of validity for experimentation - Art. 21 C.C.Q. sets out certain conditions which must be met before an experiment involving an incapable person may be carried out. These include the requirement that firstly, the experiment must be performed in the interest of the person concerned or in the interest of persons forming part of the same group, and secondly, there must be an absence of serious risk for that person's health⁹¹.

88. (1988) 249 Cal.Rptr. 494 (Court of Appeal); (1990) 271 Cal.Rptr. 146 (Supreme Court of California).

89. *Op. cit. supra* note 42.

90. See for example the statement of Mr. Justice Vallerand in *Langlois v. Meunier*, [1973] C.S. 301 at p. 305: «Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer. Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personnes qu'identifie la loi.» In this case, parents were suing for damages resulting from the still-birth of their unborn child at an advanced state of gestation, due to the fault of the defendant. See also J.-C. Galloux, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 C. de D. 1011 at pp. 1020-1021.

91. Art. 21 C.C.Q.

The first condition relates mainly to a question of policy in order to avoid any notion of undue exploitation of vulnerable persons. It implies, for instance, that children may be subjects of purely scientific research provided other children are likely to benefit therefrom. The same holds true for the mentally deficient. However, a rule of this nature also connotes that with regard to conditions or diseases which are not exclusive to their group, incapable persons cannot participate in a program of experimentation. Consequently, a mentally deficient adult cannot be experimented upon in order to determine, for example, the causes and potential treatments for ulcerative colitis since colitis affects all segments of the population.

This legislative acknowledgement of group solidarity among the young or the mentally incapable suggests that scientific imperatives have dictated the need to adopt a rule more flexible than the present prohibition on non-therapeutic experimentation on persons lacking discernment.

The second criterion, which requires that the experiment not entail serious risk, constitutes a major improvement upon present law since it dispenses with the evaluation of risks for the individual in relation to the benefits for mankind. A realistic note is introduced in that while the necessity of experimentation is acknowledged as a matter of public policy, strict limits are placed thereon.

With a view to protecting vulnerable persons from undue influence or coercion, especially in light of the legalization of certain medical acts previously forbidden, the new code sets out stringent procedural safe-guards usually having as their focal point the requirement that the permission of the court be secured. Not only must the potential research subject be consulted, the court must also obtain the opinion of others such as the person having parental authority or the mandatary, the tutor or curator, the tutorship council as well as that of experts. A person showing a special interest in the person involved may also be heard.

Oddly enough, no mention is made of the possibility of designating an attorney *ad litem* whose sole duty would be to act on behalf of the person concerning whom the application is made. Without desiring that the procedure for obtaining authorization degenerate into an adversarial process, it is submitted that greater protection for the individual would result from the efforts of a person whose loyalties are less likely to be divided.

CONCLUSION

From this brief study of the legal aspects of experimentation, several points necessitating clarification arise. Firstly, the law is going to have to come to grips with the issue of non-therapeutic experimentation involving the unborn,

both *in vivo* and *in vitro*, rather than leave this type of problem to the vagaries of the judicial system.

Secondly, the proposed code should be modified to eliminate the difference in approach to innovative therapy and to therapeutic experimentation. Since both activities have as primary goal the pursuit of a benefit for the patient, they should be classified as therapy rather than experimentation. Also it would perhaps be advisable to retain the necessity of judicial authorization to perform purely scientific experimentation on minors and incapable adults. The fact that the Minister of Health and Social Services approves a research project does not ensure that in individual cases, the rights of vulnerable persons will be safeguarded. Moreover, one must acknowledge the danger that authorizing non-therapeutic experimentation on incapable subjects could constitute the «thin edge of the wedge» in which greater liberties could be taken than would have been originally contemplated by any enabling legislation.

Thirdly, the law is going to have to deal with the incongruities inherent in requiring that the degree of risk be commensurate with the amount of benefit to be derived from a purely scientific experiment. How can one weigh these two factors when the potential detriment will be assumed by one person whereas the potential benefit will be enjoyed by others? On this point, it would be advantageous to follow the lead of French legislation which deals squarely with this contradiction by declaring:

«Art. L.209-2 Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain:

...

si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche»⁹²;

The Law Reform Commission of Canada, in its working paper on *Biomedical Experimentation Involving Human Subjects*⁹³, formulates very specific recommendations concerning the whole question of research and the protection of the individual. While one may dispute certain recommendations

92. *Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, J.O. 22 déc. 1988, p. 1603, J.C.P. 1989.III.62199 (emphasis added). For an analysis of this law see, G. Mémeteau, «De quelques droits sur l'homme: commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», D.S. 1990 chron.XXX, especially at p. 168 where he quotes Mme Dorlhac as saying before the *Sénat*, «Pour le volontaire sain, la notion de bénéfice escompté n'existe jamais.»

93. *Op. cit. supra* note 1.

or perhaps even the Law Reform Commission's inclination to treat as falling under federal jurisdiction the statutory regulation of experimentation, the fact remains that the Commissioners are correct in stating that one should not wait for an accident or manifest abuse to occur and then have the courts indicate to Parliament what it should have done to avoid the problem⁹⁴.

94. *Id.* at p. 59.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'OBLIGATION IMPLICITE CONTRACTUELLE : ASPECTS DE LA
FABRICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

Auteur(s) : Pierre LEGRAND jr

Revue : RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 109-146

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13408>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13408>

Page vide laissée intentionnellement.

L'OBLIGATION IMPLICITE CONTRACTUELLE: ASPECTS DE LA FABRICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE

par Pierre LEGRAND jr*

Si le Code Civil du Bas Canada sanctionne la présence d'obligations implicites au contrat, les limites de l'interventionnisme judiciaire qu'il autorise restent imprécises. Il y a lieu, dès lors, d'examiner ce que permet le législateur et de s'attarder à l'usage qu'ont fait les juges de ce pouvoir qui leur est conféré. Une telle étude amène à constater que le judiciaire s'est légitimement consacré à un remaniement du contrat qui va au-delà de la simple interprétation et qui rejoint la révision de l'accord des parties.

While the Civil Code of Lower Canada acknowledges the presence of implied terms in contract, the limits of judicial interventionism that it authorizes remain imprecise. It is important, therefore, to determine what the legislator has allowed and to examine the use that judges have made of the powers conferred on them. This study permits one to see how the judiciary has legitimately involved itself in the reshaping of contracts in ways that go beyond simple interpretation and that involve actual revision of the parties' agreement.

*, *Lecturer in Law*, Lancaster University (Royaume-Uni) et membre du Barreau de l'Ontario. Une première version de ce texte a fait l'objet d'une allocution au Congrès annuel du Barreau du Québec à Montréal, le 7 juin 1991. Nous tenons à remercier M. le professeur John E.C. Brierley, de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a bien voulu lire cette partie de notre recherche consacrée à l'interprétation du Code civil du Bas Canada et nous livrer ses observations. Il demeure que cette étude, à jour au 1er avril 1991, n'engage que notre responsabilité.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	111
I. L'article 1024 du Code civil	111
A. Les sources	112
1. La symbolique de la codification	116
2. La présomption de sauvegarde du droit antérieur à la codification	118
3. La version originale de l'article du Code civil	120
B. La lecture jurisprudentielle	123
II. La révision judiciaire du contrat	133
A. Les limites de l'interprétation	133
B. Le rôle du juge	142
CONCLUSION	150

INTRODUCTION

Qu'il s'agisse de l'obligation de renseignement, de l'obligation de sécurité ou de l'obligation de loyauté, la sanction judiciaire de clauses implicites au contrat est un phénomène dont la fréquence et les implications normatives nous empêchent de l'ignorer. Au-delà des lois et règlements qui s'appliquent impérativement au contrat, l'État agit donc sur l'entente des parties par le biais de ses juges. C'est, au Québec, l'article 1024 du Code civil du Bas Canada qui fonde le pouvoir d'intervention du judiciaire dans le contrat. Or, cette disposition est ainsi formulée que le juge n'est pas confiné, dans l'exercice de son *imperium*, à l'interprétation de l'accord des parties. En effet, une lecture de l'article 1024, comme une considération de ses sources historiques, démontre bien que le législateur a conféré au juge un véritable pouvoir de révision du contrat lequel doit cependant s'exercer en-deçà de certaines limites, qui ne sont d'ailleurs pas celles que la doctrine québécoise a traditionnellement retenues. C'est à la présentation de cette thèse, ainsi qu'à l'examen du traitement dont a fait l'objet cet article du Code civil devant les tribunaux, qu'est d'abord consacrée notre étude (I). À la lumière de ces constatations - et après avoir insisté sur la distinction entre «interprétation» et «révision» - il conviendra toutefois de relever certaines des conséquences qu'entraîne, quant à la fonction judiciaire, cette légitime immixtion du juge dans la sphère contractuelle (II).

I. L'article 1024 du Code civil

Le Code civil du Bas Canada comprend, au chapitre premier («Des contrats») du titre troisième («Des obligations»), une section relative à l'interprétation des contrats. L'on y retrouve les articles 1013 à 1021 - le «petit guide-âne» dont parlait Carbonnier¹. L'article 1024, pour sa part, loge à l'enseigne de la section suivante, dévolue aux «effets du contrat», laquelle comprend les articles 1022 à 1027. Ainsi il paraît établi que, dans l'esprit des Commissaires à la codification, cette disposition n'est pas interprétative ou, en tout cas, n'est pas *qu'*interprétative.

A. Les sources

Dans sa version française, l'article 1024 se lit comme suit:

Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

1. Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. IV: *Les obligations*, 14e éd., Paris, P.U.F., 1990, no 146, p. 273.

Telle formulation démontre que les fondements de l'expansion du contenu obligationnel du contrat à ce qui n'y est pas exprimé sont au nombre de quatre: nature (du contrat), équité, usage et loi. Chacun de ces fondements serait apparemment indépendant des autres. Ainsi un juge pourrait retenir l'existence d'une obligation au contrat en invoquant l'usage ou l'équité et il importerait alors peu que cette obligation découle ou non de la nature du contrat. La nature du contrat pourrait, elle-même, fonder d'autres obligations encore.

La version anglaise de l'article 1024 suggère une conclusion différente:

The obligation [sic] of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

Il ne paraît pas faire de doute, à la lumière de cette version, qu'il n'y a que trois fondements autorisant l'expansion par le juge du contenu obligationnel d'un contrat: «equity», «usage» et «law». Chacun de ces fondements justifie l'adjonction d'obligations au contrat dans la mesure où celles-ci y sont accessoires («are incident to the contract») et participent de sa nature («according to its nature»). Guelfes et gibelins, les versions de l'article 1024 le sont ainsi à au moins trois égards.

Face à ce triple conflit, l'interprète du Code civil doit prendre parti. Laquelle des deux versions doit primer l'autre et fonder l'interprétation de l'article 1024 par les tribunaux? Doit-on favoriser la version française, plus généreuse? Doit-on faire prévaloir la version anglaise, plus restrictive à trois égards? La réponse à cette question nous oblige à considérer les règles d'interprétation du Code civil. À cet égard, l'*Acte concernant la Codification des Lois du Bas Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*² ne paraît pas devoir nous être d'un quelconque secours. L'article 15 de cette loi semble bien laisser croire que les versions française et anglaise auront un même statut, l'une ne l'emportant donc pas systématiquement sur l'autre. Encore cette disposition ne l'affirme-t-elle pas expressément. C'est plutôt vers l'article 2615 du Code civil du Bas Canada, tel qu'il se lisait en 1866³, qu'il faut donc se tourner pour connaître les critères d'interprétation qui devront prévaloir. Dans sa version française, cet article se lit comme suit:

Dans le cas de différence entre les deux textes du présent code sur les lois existantes à l'époque de sa promulgation, le texte le plus compa-

2. S.C. 1857, c. 43 [ci-après l'*Acte*].

3. Voir, pour l'évolution historique de cette disposition, maintenant abrogée, Paul-André Crépeau et John E.C. Brierley, *Code civil 1866-1980 [.] Édition historique et critique*, Montréal, SOQUIJ, 1981 *sub* art. 2615.

tible avec les dispositions des lois existantes doit prévaloir. Si la différence se trouve dans un article indiqué comme modifiant les lois existantes, le texte le plus compatible avec l'intention de l'article d'après les règles ordinaires d'interprétation, doit prévaloir.

C'est l'ironie de cette disposition qu'elle recèle elle-même des variations entre les textes français et anglais. Le texte anglais apparaît d'ailleurs plus limpide:

If in any article of this code founded on the laws existing at the time of its promulgation, there be a difference between the English and French texts, that version shall prevail which is most consistent with the provisions of the existing laws on which the article is founded; and if there be any such difference in an article changing the existing laws, that version shall prevail which is most consistent with the intention of the article, and the ordinary rules of legal interpretation shall apply in determining such intention.

Au-delà des dissonances, il reste que l'article 2615 du Code civil envisage deux conjonctures, chacune commandant sa propre règle d'interprétation. Une première situation vise les cas où *l'article* du Code reproduit le droit alors en vigueur. Une deuxième situation a trait aux cas où *l'article* du Code modifie le droit en vigueur. Il s'agit donc de déterminer dans laquelle des deux catégories doit s'inscrire l'article 1024. Pour ce faire, il importe d'abord de circonscrire l'état du droit en vigueur à l'époque précédant immédiatement la codification de 1866. Ainsi seulement l'on saura si l'article 1024 le confirme ou le modifie.

Ce droit «pré-codification», ce n'est pas - comme on le croit trop souvent - dans le Code civil français de 1804 qu'il le faut chercher. Dans la mesure où le droit français s'applique alors au Québec, c'est, en effet, le droit français de l'époque antérieure à la codification française - ce qu'on appelle l'*Ancien droit* - qui a cours⁴. La synthèse magistrale que Domat publiait en 1689, sous le titre *Les lois civiles dans leur ordre naturel*⁵, figure en bonne place dans ce corps de droit coutumier⁶. Crépeau, dans une étude qu'il consacre à la question qui retient notre attention, indique qu'on ne peut douter que ce soit là le *fons et origo*, la source première de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada⁷. La formulation de Domat procède ainsi:

4. Voir John E.C. Brierley, «Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed», (1968) 14 McGill L.J. 521 à la p. 566.

5. Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. par de Héricourt, Paris, Nyon, 1777 [d'abord paru en 1689].

6. Voir Brierley, *supra*, note 4 à la p. 550.

7. Voir Paul-André Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 R. du B. can. 1 à la p. 4.

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention, et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré [...] ⁸.

Crépeau en conclut que «l'article 1024 du Code civil n'est pas de droit nouveau: il reproduit l'ancien droit» ⁹.

Cette affirmation est par trop générale. N'aurait-il pas été plus exact de dire que la *version française* de l'article 1024 du Code civil reproduit l'*Ancien droit*? Car la version anglaise, elle, se démarque du texte de Domat à trois égards. Il s'agit, du reste, de distinctions des plus significatives. Ainsi:

- i. La version anglaise ne retient que trois sources d'expansion du contrat, soit l'équité, l'usage et la loi.
- ii. Elle indique de plus que les obligations qui seraient autorisées en vertu de l'un ou de l'autre de ces fondements doivent se révéler conformes à la nature du contrat («according to its [the contract's] nature»).
- iii. La version anglaise retient en outre que les obligations qui seraient fondées sur l'équité, l'usage ou la loi doivent être des obligations accessoires du contrat («incident to the contract»).

Il faut en conclure que la version anglaise, pour sa part, ne reproduit pas l'*Ancien droit*.

Aussi faut-il compter avec une version française qui reflète fidèlement l'*Ancien droit* et une version anglaise qui s'en écarte de manière éloquente. Comment, dès lors, appliquer la règle d'interprétation mise de l'avant à l'article 2615 du Code civil du Bas Canada laquelle est tributaire d'une détermination préalable relative au statut - consolidateur ou novateur - de l'*article* du Code civil dont il est question? Peut-on, au vu des versions contradictoires que l'on sait, en arriver à déterminer si l'*article* 1024 reproduit ou ne reproduit pas l'*Ancien droit*? Une réponse négative s'impose: cette détermination ne saurait être possible. Dans son ouvrage fondamental consacré aux règles d'interprétation du Code civil, Walton indique d'ailleurs que l'article 2615 ne nous est d'aucun secours dans la situation qui nous occupe: «C.C. 2615 gives no special rule of interpretation where the two texts do not agree» ¹⁰. Plutôt, l'article 2615 paraît

8. Domat, *supra*, note 5, Sect. III, I.

9. Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

10. Frederick P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, éd. par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 97 [d'abord paru en 1907].

envisager des cas où, par exemple, un article donné étant clairement de droit nouveau, tant dans ses versions française qu'anglaise, une inconséquence subsiste néanmoins entre les textes. Telle n'étant pas la situation qui nous occupe, il y a donc lieu d'écarter l'application de l'article 2615 en l'espèce¹¹. Le problème de l'interprétation de l'article 1024 demeurant entier, il convient dès lors de s'interroger quant à l'existence d'autres critères permettant de le résoudre.

1. La symbolique de la codification

Un premier critère vers lequel on pourrait vouloir se tourner relève du symbole utilisé par les Commissaires à la codification pour indiquer l'introduction de droit nouveau. Crépeau estime ainsi que, s'agissant de l'article 1024, l'absence du symbole en question - les crochets ([]) - doit nous permettre de déterminer que cette disposition ne mérite pas d'être considérée comme étant de droit nouveau¹². Cette conclusion apparaît par trop technique. En effet, l'on voit mal que, eu égard au conflit qui nous retient, la seule omission (ou la seule présence) de crochets autorise le juriste à conclure derechef que l'article du Code est, ou n'est pas, de droit nouveau. Ne peut-on, par exemple, imaginer des situations où les Commissaires, croyant de bonne foi qu'ils ne modifieraient pas l'*Ancien droit*, auraient choisi d'omettre les crochets? Ne peut-on également concevoir que les Commissaires, croyant de bonne foi que telle ou telle autre modification n'était pas substantielle, aient pensé ne pas devoir insérer les crochets? Ne peut-on, enfin, envisager la possibilité d'un oubli ou d'une simple erreur d'écriture?

Walton consacre ainsi les règles deuxième et troisième de ses douze règles fondamentales d'interprétation du Code civil aux cas d'articles ayant erronément indiqué leur filiation à l'*Ancien droit*¹³. À titre de deuxième règle d'interprétation, l'auteur souligne que:

Where the Code professes to declare the old law, and the article is *unambiguous* there is a *strong presumption* that it is a correct statement of the old law¹⁴.

Admettons, aux fins de discussion, que nous nous trouvions bien dans une situation «[w]hen the Code professes to declare the old law». Admettons, en effet, avec Crépeau, qu'en l'espèce qui nous intéresse, vu l'absence du symbole indicatif de droit nouveau, le Code ait prétendu déclarer le droit en vigueur - ce qui rencontre la condition que pose Walton d'entrée de jeu pour l'application de

11. *Contra*: Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

12. Voir *ibid.* Voir généralement, sur cette procédure, Walton, *supra*, note 10 à la p. 86.

13. Voir *ibid.* aux pp. 88-90.

14. *Id.* à la p. 88 [les italiques sont ajoutées].

cette règle d'interprétation. Mais il n'en reste pas moins que l'article 1024 n'est pas net: il ne s'agit donc pas d'un cas où «the article is unambiguous». Au contraire, cette disposition *est* ambiguë, puisqu'elle comprend une version française fidèle à l'*Ancien droit* et une version anglaise qui y déroge. Dès lors, la «strong presumption» à laquelle renvoie Walton ne saurait trouver application.

Il faut donc envisager la possibilité que, malgré l'absence de crochets, l'article 1024 du Code civil du Bas Canada introduise bel et bien du droit nouveau. C'est ainsi que la troisième règle d'interprétation posée par Walton trouve sa pertinence:

It is permissible to show that the words, although not in brackets are new law, and conversely, that words in brackets are old law¹⁵.

L'on ne saurait, dès lors, conclure à l'exactitude de l'indication portée au Code, selon laquelle l'article 1024 n'implanterait pas de droit nouveau. L'absence (ou la présence) de crochets ne se fait tout simplement pas déterminante. Comme l'écrit encore Walton:

In other words it is not permissible to argue that because certain words are not in brackets they must declare the old law, and that as they declare the old law they cannot be interpreted in their natural sense, because that would give a result inconsistent with the old law¹⁶.

Considérant les règles d'interprétation de Walton qui nous enseignent que l'omission de crochets par les Commissaires ne nous est d'aucun appui, et en l'absence de directives de la part de cet auteur relatives à la situation qui nous intéresse, il est de deux autres critères qu'il paraît légitime de considérer.

2. La présomption de sauvegarde du droit antérieur à la codification

L'on pourrait résoudre le dilemme qui nous occupe en se repliant sur le préambule à l'*Acte* qui donnait précisément mandat aux Commissaires de codifier l'*Ancien droit*¹⁷. Il y aurait, si l'on veut, présomption que c'est bien ce qui a été fait. Il nous serait ainsi loisible de retenir que l'article 1024 du Code civil doit être considéré comme reflétant l'*Ancien droit*. La version anglaise se verrait, dès lors, subordonnée à la version française qui, seule, serait considérée comme représentant fidèlement l'intention du législateur.

15. *Id.* à la p. 89.

16. *Ibid.*

17. Voir généralement, sur le mandat confié aux Commissaires à la codification, Brierley, *supra*, note 4 aux pp. 544-54.

Il est vrai que Walton paraît, *a priori*, pencher en faveur de cette option vu l'insistance qu'il met à renvoyer à la présomption de maintien en vigueur de l'*Ancien droit*, sauf dérogation expresse¹⁸. Mais il nous faut y regarder de plus près. Ainsi Walton écrit:

Where the history of the codification is attested by full reports by the Commissioners, as is the case with our Civil Code, *and where there is no evidence to be found of an intention to alter the old law*, there certainly appears to be a reasonable presumption that the old law is maintained, unless the text of the Code is too clearly contrary¹⁹.

Si l'on a eu raison de souligner que les Commissaires ne font, dans leur exposé des motifs, aucune mention de l'article qui nous intéresse²⁰, l'on ne saurait tout de même conclure à un silence du *Rapport* des Commissaires sur la question. En effet, celui-ci indique, au titre des sources auxquelles les Commissaires ont puisé pour la rédaction de l'article 1024, non seulement l'oeuvre de Domat, mais également l'article 1135 du Code civil français de 1804²¹. Or, l'on n'ignore pas que cet article 1135 se distingue du texte mis de l'avant par Domat lui-même²². Cette disposition se lit en ces termes:

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

L'on aura tôt fait de reconnaître ici, à peu de chose près, le calque de la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada²³. Les Commissaires à la codification, confrontés aux textes de Domat et de l'article 1135 du Code civil français, auraient donc retenu Domat pour la version française et l'article 1135 pour la version anglaise. Or, l'adoption de l'article 1135 - on l'a mentionné²⁴ - constitue l'introduction de droit nouveau. La reproduction de cet article 1135 dans la version anglaise et sa mention expresse à titre de source de l'article 1024 semblent démontrer qu'il y a ici une intention d'introduire du nouveau droit dans le Code civil. Pour reprendre la formule de

18. Voir Walton, *supra*, note 10 aux pp. 93-95, 97 et 102-03.

19. *Id.* à la p. 94 [les italiques sont ajoutés].

20. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4, note 9.

21. Voir *Code civil du Bas Canada [...] Premier, second et troisième rapports*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 49.

22. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4. Il n'y a pas lieu de s'étonner que des autorités contradictoires soient ainsi reproduites côte-à-côte: voir Thomas McCord, *The Civil Code of Lower Canada*, 1ère éd., Montréal, Dawson Brothers, 1867 à la p. iv, où l'auteur écrit que «[i]t must not be supposed that all these authorities are in support of the text; some are directly opposed to the articles above them».

23. Voir Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 4.

24. *Supra*, au texte accompagnant la note 4.

Walton, «*there is [...] evidence to be found of an intention to alter the old law*»²⁵. Ainsi la présomption de sauvegarde de l'*Ancien droit*, mise en présence de la reproduction, dans la version anglaise de l'article 1024, d'un article du Code civil français et de l'indication expresse de cette source au *Rapport* des Commissaires, ne saurait tenir. Nous ne nous trouvons tout simplement pas dans le cas envisagé par Walton où il n'y aurait, au *Rapport*, aucune preuve d'un désir des Commissaires de modifier le droit en vigueur.

3. La version originale de l'article du Code civil

Que ne pourrait-on, par ailleurs, résoudre le dilemme qui nous retient en insistant sur le fait que l'article 1024 du Code civil du Bas Canada ayant d'abord été rédigé en anglais par Charles Dewey Day²⁶, avant d'être subséquemment traduit en français, c'est donc cette version anglaise qui reflète le plus fidèlement l'intention des Commissaires à la codification? Rappelons-nous, d'entrée de jeu, que l'article 2615 du Code civil, dans la formulation qui était sienne en 1866, ne saurait faire obstacle à cette conclusion dans la mesure où il ne se révèle pas pertinent à la situation qui nous intéresse²⁷. Il y aurait ainsi lieu de conclure que l'article 1024 est de droit nouveau. C'est donc la version anglaise qui refléterait le mieux l'intention des Commissaires et qui, à ce titre, devrait commander l'interprétation de l'article par les juges.

Replaçons-nous quelques instants dans la position du commissaire Charles Dewey Day lequel en est à traduire l'article 1135 du Code Napoléon - entreprise à laquelle ses notes personnelles démontrent bien qu'il s'est adonné²⁸. De deux choses l'une:

ou bien Day ne réalise pas que l'article 1135 se distingue du texte de Domat (outre que cette explication soit peu charitable à son endroit²⁹, elle ne change rien au fait que le texte de Day constitue, quoi qu'il en ait pu penser, du droit nouveau par rapport au droit alors en vigueur au Bas-Canada; ainsi que l'affirme

25. *Supra*, au texte accompagnant la note 18.

26. Voir Walton, *supra*, note 10 à la p. 97; Brierley, *supra*, note 4 à la p. 578.

27. *Supra*, au texte accompagnant les notes 10-11.

28. Voir *Papiers René-Edouard Caron*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université McGill, Cahier S.764, sub art. 42 (sur microfilm). Cette série de documents, en provenance des Archives du Séminaire de Québec, a été déposée en bibliothèque par M. le professeur John E.C. Brierley.

29. Telle lecture trouverait toutefois un certain fondement dans les notes de Day. Traitant de l'art. 1135 du Code civil français, celui-ci écrit: «[it] makes no Law or new rule but simply enunciates the natural civil consequences & civil effect of a contract»: *ibid*. Voir, toutefois, sur la valeur interprétative qu'il convient d'octroyer à ces notes, Brierley, *supra*, note 4 à la p. 525.

Walton, «[t]he Court cannot interpret the words in an unnatural sense, or modify them in order to make them yield a correct exposition of the old law»³⁰);

ou bien Day réalise fort bien que l'article 1135 se distingue du texte de Domat et choisit de l'adopter en omettant malencontreusement d'indiquer qu'il s'agit là de droit nouveau ou en croyant, de bonne foi, qu'il n'a pas à le faire.

Une conclusion reste indéniable: la rédaction de l'article 1024, dans sa version anglaise, est clairement inspirée du texte de l'article 1135 du Code civil français. Qu'on en juge en plaçant en parallèle chacune des formulations telles qu'elles apparaissent dans les notes de Day:

1135

Agreements oblige not only to what is expressed in them but to all the consequences which equity usage or the law gives to the obligation according to its nature.

art: 42 The obligation of contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which by equity usage or the law are incident to the contract according to its nature.

³¹

La corrélation ne souffre pas la controverse: les mots retenus sous la rubrique «art: 42» - destinés à devenir la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada - restreignent nettement la portée du texte de Domat. Dire le contraire équivaudrait à dépouiller de leur sens naturel les mots employés par le commissaire Day. Que Day, si son intention était d'introduire du droit nouveau, ne s'en soit pas expliqué au *Rapport* est regrettable. Que la traduction française ne lui ait pas été fidèle l'est davantage encore. Mais il n'en demeure pas moins que la formulation originale anglaise est suffisamment nette pour qu'on ne puisse l'escamoter sous prétexte d'ambiguïté afin de faire prévaloir la rédaction plus généreuse de Domat. Il faut y insister: la version originale anglaise de l'article 1024 n'est pas équivoque.

En l'espèce, il convient donc de retenir que la version anglaise doit primer le texte français de l'article eu égard au fait qu'elle reflète plus fidèlement l'intention originale des Commissaires à la codification. L'article 2615 du Code civil du Bas Canada nous enseignait, dès 1866, que, lorsque les versions française et anglaise d'un article révèlent une commune intention, il y a lieu de placer celles-ci sur un pied d'égalité. On peut le comprendre. On peut également comprendre qu'en l'absence d'une commune intention, il faille nécessairement

30. Walton, *supra*, note 10 à la p. 89.

31. *Supra*, note 28. Voir, quant à la disposition des notes de Day sur quatre colonnes, Brierley, *supra*, note 4 aux pp. 563-64.

renvoyer à un élément extérieur à l'article pour trancher le débat. Cet élément extérieur ne saurait être l'absence de crochets ou la présomption de sauvegarde du droit antérieur car ni l'un ni l'autre de ces critères ne se font concluants. Quoi de mieux, dès lors, que la version originale du texte lorsqu'on est à même d'identifier celle-ci? Cette conclusion ne paraît pas devoir être interrogée par la cinquième règle d'interprétation de Walton aux termes de laquelle «[t]he English and the French versions of the Code are of equal authority [...]». L'auteur ajoute, en effet, que «the one may be used to interpret the other»³². Il précise encore: «In comparing the two versions it is sometimes useful to know which was at first the original and which the translation»³³. Ainsi Walton conclut que malgré le principe de la parité de statut des deux versions, il est permis de faire primer l'une sur l'autre lorsqu'il s'agit d'assurer la cohésion interne de l'article.

Il vaut de noter, en dernier lieu, que ni l'*Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*³⁴, dont l'article 10 reste de droit positif à ce jour³⁵, ni, plus près de nous, la *Charte de la langue française* ne semblent devoir modifier cette conclusion³⁶. Quant à la première de ces lois, elle ne rejoint tout simplement pas la problématique qui nous retient. S'agissant de la *Charte*, l'on n'ignore pas que la Cour suprême du Canada, dans *P.G. Québec c. Blaikie*³⁷, a déclaré inconstitutionnel l'article 9 qui portait que «[s]eul le texte français des lois et des règlements est officiel». Il est vrai que la *Charte*, en son article 213, opérait également un amendement à la *Loi d'interprétation*³⁸, dont l'article 40 se lit maintenant comme suit:

[...]

Les lois doivent s'interpréter, en cas de doute, de manière à ne pas restreindre le statut du français.

Outre le caractère éminemment douteux de la validité constitutionnelle de cette disposition à la lumière du jugement *Blaikie*³⁹, l'on ne voit pas comment la

32. Walton, *supra*, note 10 à la p. 96.

33. *Id.* à la p. 97. Voir aussi McCord, *supra*, note 22 à la p. viii: «Although both texts are equally law, it may be interesting, and in some instances, perhaps, useful to know, for purposes of interpretation, which was at first the original and which the translation».

34. S.Q. 1868, c. 7.

35. Voir John E.C. Brierley, «Quebec's 'Common Laws' (*droits communs*): How Many Are There?», dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 111 aux pp. 124-25.

36. L.R.Q., c. C-11.

37. [1979] 2 R.C.S. 1016.

38. L.R.Q., c. I-16.

39. *Supra*, note 37. Voir *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 774-79, où la Cour écrit que «les versions anglaise et française des lois doivent faire pareillement autorité» (à la p. 774). Nous remercions M. le professeur Stephen A. Scott, de la Faculté de droit de l'Université McGill, pour ses éclaircissements sur cette question et

démonstration historique de la conformité de la version anglaise de l'article 1024 du Code civil du Bas Canada avec l'intention originale des Commissaires à la codification aurait pour effet de «restreindre le statut du français».

Au terme de cet examen des origines de l'article 1024 du Code civil, il convient de rappeler qu'une interprétation fidèle du texte de cette disposition par les tribunaux, eu égard à la primauté de la version anglaise, impose dès lors qu'une obligation fondée sur l'équité, l'usage ou la loi ne soit ajoutée au contrat que si elle a le caractère d'une obligation accessoire et qu'elle découle de la nature de celui-ci. C'est le lieu de nous interroger à savoir comment les tribunaux ont eux-mêmes eu recours à cette disposition.

B. La lecture jurisprudentielle

La conclusion à laquelle nous en arrivons relativement à la primauté de la version anglaise de l'article 1024 se trouve confortée par la jurisprudence dominante⁴⁰. Un examen des décisions judiciaires permet, en effet, de confirmer que les juges, lorsqu'ils précisent le contenu obligationnel du contrat sur le fondement de l'article 1024 du Code civil, se confinent, règle générale, à définir la portée d'une obligation principale *qui se trouve déjà au contrat*, restant par là fidèles à la nature de celui-ci. Même les juges les plus audacieux ne vont pas au-delà de la conceptualisation d'une obligation *accessoire* au contrat. De manière exceptionnelle, la Cour insère ainsi à l'entente contractuelle une obligation qui, accessoire à l'obligation principale, vient en quelque sorte s'y greffer afin, ici encore, de donner son plein effet à l'obligation principale même. À une époque où il est sans doute vrai d'affirmer que les juges se sentent davantage libres d'intervenir dans la sphère contractuelle que ce n'était jadis le cas, ce sont là les limites de l'interventionnisme judiciaire en matière d'obligations implicites. Cette lecture de la jurisprudence signifie nettement que la Cour se refuse à ajouter au contrat une obligation qui aurait elle-même le statut d'obligation principale: ce serait là, en effet, indûment modifier l'entente des parties, intervenir sans autorité. Ainsi l'on constate que les juges se servent du contrat tel que conclu par les parties elles-mêmes comme d'une charte ou d'une constitution: c'est le point de départ, la référence obligée, le pivot autour duquel s'organise l'intervention judiciaire. Celle-ci se situe nécessairement par rapport à ce que les parties ont elles-mêmes déterminé sans qu'il ne soit question de modifier la substance de leur entente.

pour avoir porté cette décision à notre attention.

40. Walton insiste, en sa neuvième règle d'interprétation, sur l'importance des décisions judiciaires eu égard à l'interprétation du Code civil: voir *supra*, note 10 aux pp. 104-09.

Il paraît nécessaire, afin d'appuyer ces assertions, de renvoyer à diverses décisions dans lesquelles les juges ont, au cours des dernières années, recouru à l'article 1024 du Code civil pour préciser le contenu obligationnel du contrat en litige et d'offrir de brèves observations au sujet de chacune d'entre elles:

*La Mutuelle du Canada, Cie d'assurance-vie c. L'Excelsior Cie d'assurance-vie*⁴¹: des agents d'assurance qui quittent leur emploi auprès d'un assureur et recommandent à des assurés une substitution de police doivent leur expliquer leur position face à l'assureur. Malgré l'absence de clause de non-concurrence dans les contrats entre l'assureur et ses agents, la Cour estime que ceux-ci avaient une obligation de loyauté envers l'assureur en vertu de l'article 1024 du Code civil. Cette obligation surgit ainsi en tant qu'accessoire à la prestation de services qui fait l'objet principal du contrat d'emploi.

*Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny*⁴²: contrat de construction. La Cour retient une obligation implicite de livrer une maison pourvue d'un système électrique en bon état et conforme aux normes réglementaires prescrites par les autorités publiques. Cette obligation, fondée sur l'article 1024, intervient à titre d'accessoire de l'obligation principale relative à la fourniture de la maison. La Cour n'ajoute ici aucune obligation principale au contrat.

*Entreprises Verdi Inc. c. Société des alcools du Québec*⁴³: contrat de vente de marchandises, où il est stipulé que l'acheteur peut prendre livraison des biens quand bon lui semble. La Cour juge que l'acheteur doit prendre livraison des biens avant le 1er avril. Cette décision démontre comment l'interventionnisme judiciaire se limite à préciser le contenu de l'une des obligations principales - soit l'obligation d'acceptation des marchandises - laquelle se trouve déjà inscrite au contrat par les parties elles-mêmes.

*Drouin c. Electrolux Canada Ltée*⁴⁴: contrat de louage de services avec clause de résiliation selon laquelle l'employeur peut, à son gré, mettre fin au contrat d'embauche par écrit. La Cour retient que l'employeur a l'obligation d'envoyer un préavis raisonnable en l'absence de cause juste et suffisante fondant le congédiement. L'intervention de la Cour a ici pour objet de préciser le contenu de la clause de résiliation, clause

41. [1988] R.J.Q. 1866 (C.S.).

42. [1989] R.R.A. 751 (C.A.).

43. (14 mars 1989), Montréal 500-05-003926-845, J.E. 89-646 (C.S.).

44. [1988] R.J.Q. 950 (C.A.). Voir aussi *Québec Grues c. Jobin*, [1985] C.A. 315.

accessoire à l'obligation principale d'embauche. Cette clause accessoire - on l'aura noté - est déjà contenue au contrat.

*Positron Inc. c. Desroches*⁴⁵: contrat individuel de travail. La Cour s'appuie sur l'article 1024 du Code civil pour retenir que l'employé ne peut utiliser, à l'encontre de son employeur, des informations confidentielles acquises dans le cours de son emploi. L'on ne saurait prétendre que la Cour étend ici la portée d'une obligation qui serait déjà inscrite au contrat: en effet, l'entente est muette sur cette question. Toutefois, il reste que cette obligation fondée sur l'article 1024 se fait naturellement l'accessoire de l'obligation principale qu'est la prestation de services. En d'autres termes, la Cour n'ajoute en rien au contrat une obligation qu'on pourrait qualifier de principale. L'obligation de confidentialité est nécessairement greffée à une autre obligation: la problématique de la confidentialité ne peut surgir que parce qu'il y a fourniture de services.

*Trizec Equities Ltd c. Hassine*⁴⁶: contrat de bail commercial avec clause de non-renouvellement en cas de diminution de crédit du locataire. Se fondant sur l'article 1024 du Code civil, la Cour entend cette clause de non-renouvellement, obligation accessoire au contrat, comme signifiant qu'il y a, pour le locateur, obligation de négocier un renouvellement de bail en l'absence de diminution de crédit. La Cour - on le voit - ne sort pas de la sphère contractuelle telle qu'elle a été définie par les parties elles-mêmes.

*Roy c. Commission scolaire de Jacques-Cartier*⁴⁷: la Cour retient qu'il y a, dans le contrat qui se forme entre les parents et l'institution scolaire, une obligation de cette dernière d'assurer la sécurité des enfants alors qu'ils exercent des activités sportives. Il ne fait pas de doute que cette obligation de surveillance n'est ici que l'accessoire d'une obligation principale, soit celle d'assurer un enseignement adéquat (y inclus sur le plan physique). L'obligation de surveillance dont parle le tribunal n'existe ainsi qu'en tant qu'accessoire à une obligation principale d'enseignement. Outre l'arrêt *Richard-Thibault c. Hôpital St-Michel Archange*⁴⁸, il vaut d'insister sur le fait que cette décision est la seule que nous ayons recueillie dans laquelle la jurisprudence fonde expressément,

45. [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

46. (8 juin 1988), Montréal 500-09-001663-822, C.A.P. 88C-285 (C.A.).

47. [1987] R.R.A. 621 (C.S.).

48. *Infra*, note 58. *Adde: Surprenant c. Air Canada*, [1973] C.A. 107 aux pp. 125-26, où la Cour d'appel du Québec réfère à l'article 1024 par voie d'*obiter dictum*.

à bon droit, l'obligation contractuelle de sécurité implicite eu égard à l'intégrité de la personne sur cette disposition du Code civil.

*Banque Nationale du Canada c. Houle*⁴⁹: s'agissant d'un contrat de prêt, la Cour d'appel du Québec retient, en s'appuyant sur l'article 1024, que la banque devait, à l'échéance du remboursement, envoyer un préavis raisonnable avant de réaliser ses garanties. Les obligations principales sont ici relatives au prêt d'argent; l'envoi d'un préavis dans un contexte de réalisation de garantie n'est autre qu'une obligation accessoire à ces prestations principales que sont l'avance de fonds et le remboursement. Non mentionné au contrat, l'envoi de ce préavis reste tributaire de ces obligations principales, auxquelles il est nécessairement greffé⁵⁰.

*Chouinard c. Landry*⁵¹: dans un contrat médical, la Cour détermine qu'il convient de retenir la présence d'une obligation de renseignement relativement aux risques afférents aux traitements médicaux. Le scénario reste le même que dans le cadre des autres affaires étudiées: à l'obligation principale qu'est la prestation de soins médicaux, la Cour greffe une obligation accessoire relative à l'information. Cette deuxième obligation n'a pas pour effet de modifier la substance du contrat: elle ne fait que préciser la portée de l'obligation de soins elle-même.

*Kelegher, Stump Dessinateurs Associés Inc. c. Cuttle-Derry*⁵²: la Cour estime qu'un contrat de vente d'un lot incluant un droit d'approvisionnement au puits situé sur un lot voisin emporte - et c'est là qu'intervient la re-formulation de cette obligation accessoire - que l'approvisionnement soit suffisant pour les besoins normaux des occupants du chalet qui s'y trouve.

49. [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.). Voir aussi *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard* (9 septembre 1985), Saguenay 240-05-000043-845, J.E. 85-943 (C.S.).

50. Confirmant, pour d'autres motifs, la décision de la Cour d'appel dans *Banque nationale du Canada c. Houle*, *supra*, note 49, la Cour suprême du Canada écrit, en *obiter dictum*, qu'«il semble incontestable que tout contrat comporte, en droit civil québécois, une obligation implicite d'agir de bonne foi. Cette obligation découle de la longue tradition civiliste que l'on trouve formulée à l'art. 1024 C.c.B.-C.; elle exige que les droits soient exercés dans un esprit de loyauté»: *Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122 à la p. 158 (Mme le juge L'Heureux-Dubé).

51. [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.) (M. le juge LeBel). Voir aussi, pour un cas d'information relative à l'emploi d'une médication, *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.).

52. [1983] C.A. 296. Voir aussi *Caisse populaire Desjardins de Saint-Nicolas c. Rouette*, [1988] R.J.Q. 2667 (C.A.).

*Parent c. Héritiers de Roger Lacroix*⁵³: contrat d'entreprise ayant pour objet l'isolation d'un immeuble. La Cour est d'avis qu'accessoirement à la pose de laine minérale - obligation principale du contrat - l'entrepreneur doit s'assurer que celle-ci n'empêche pas une bonne circulation d'air à l'intérieur de l'édifice.

*Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁵⁴: contrat de cautionnement révocable en tout temps. La Cour retient que la banque, ayant pris l'initiative d'informer la succession de l'existence d'un cautionnement conclu par le *de cujus*, devait, par surcroît, informer les héritiers du caractère révocable du cautionnement. C'est cette obligation d'information dont la Cour précise ici la portée en référant à l'article 1024 du Code civil. Il va sans dire qu'il ne s'agit pas là de l'obligation principale au contrat de cautionnement.

*Déménagements Tremblay Express Ltée c. Audet*⁵⁵: contrat de transport de marchandises. La Cour estime qu'advenant l'impossibilité, pour le transporteur, de livrer ses marchandises, il a l'obligation de les entreposer. L'on précise ainsi la portée de l'obligation de livraison.

*National Drying Machinery Co. c. Wabasso Ltd*⁵⁶: contrat de vente. La Cour détermine que le vendeur est titulaire d'une obligation de sécurité lui imposant d'informer l'acheteur eu égard aux risques inhérents à l'utilisation de la chose vendue. Il apparaît nettement, à la lecture de la décision, que la Cour ne prétend pas, ce faisant, ajouter au contrat de vente une nouvelle obligation principale: «Cette obligation de sécurité en est une accessoire, née du contrat de vente»⁵⁷.

*Richard-Thibault c. Hôpital St-Michel Archange*⁵⁸: contrat hospitalier. M. le juge Mayrand impute à l'hôpital psychiatrique une obligation de

53. (8 février 1982), Québec 200-02-003518-803, J.E. 82-330 (C.P.).

54. [1981] 2 R.C.S. 339.

55. [1981] C.P. 138.

56. [1979] C.A. 279.

57. *Id.* à la p. 284 (M. le juge Mayrand). Il y a ici confusion entre les notions d'«obligation de sécurité» et d'«obligation de renseignement». Quoique ces deux obligations soient complémentaires l'une de l'autre en ce que l'obligation de renseignement a précisément pour objet d'assurer la sécurité du destinataire du renseignement, il faut voir que la notion de renseignement est plus large que celle de sécurité en ce qu'elle rejoint également, par exemple, les informations relatives au mode d'emploi et ce, même en l'absence de tout danger potentiel. Voir, pour le rejet d'une assimilation de ces deux obligations, Pierre Legrand, «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien», (1981) 26 R. de D. McGill 207 aux pp. 224-30.

58. (20 juillet 1981), Québec 200-09-000203-783, J.E. 81-855 (C.A.).

surveillance du patient. Une lecture du jugement nous démontre que la Cour d'appel s'est contentée, ici également, de préciser la portée d'une obligation principale d'hébergement contenue au contrat hospitalier⁵⁹. Dans un contexte psychiatrique, en effet, la notion d'hébergement ne saurait être dissociée de celle de surveillance.

Parmi les décisions relatives à l'article 1024 du Code civil, il en est qui se fondent précisément sur cette partie de l'article dévolue aux obligations qui découlent de la «loi». Dans *Banque de Montréal c. P.G. Québec*⁶⁰, par exemple, la Cour suprême du Canada retient ainsi qu'une obligation édictée par la *Loi sur les lettres de change*⁶¹ fait partie du contenu obligationnel du contrat bancaire. De même, dans *Côté c. Placements M. & A. Brown Inc.*⁶², la Cour retient que le contrat d'emploi comprend les obligations prévues par la loi. En l'espèce, il s'agissait de certaines dispositions issues de la *Loi sur les normes du travail*⁶³. Ces obligations sont toutefois des obligations légales qui, loin de s'ajouter aux obligations principales du contrat déjà existantes (la prestation de services et la rémunération), viennent en préciser la portée. Les faits, dans l'affaire *Côté*, étaient relatifs à une renonciation, par un employé démissionnaire, à deux semaines de salaire et à son indemnité de vacances. De même, dans *Albert c. Cie Gaspésia Ltée*⁶⁴, une affaire impliquant un contrat individuel de travail, la Cour a jugé que les obligations portées à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* constituent partie intégrante du contrat⁶⁵. Ces obligations légales, faut-il le préciser, se greffent à l'obligation principale de fourniture de services:

Le droit qu'a un travailleur à son salaire et aux avantages liés à son emploi pendant que dure une suspension des travaux ou une fermeture est un accessoire de son contrat de louage de service. Peu importe ici que ce contrat individuel soit complété ou non par la convention collective. Cette disposition de la Loi sur la santé et la sécurité du travail [art. 187] devient un accessoire du contrat principal par application de l'article 1024 du Code civil⁶⁶.

Encore, dans *Mungham c. Larivière*⁶⁷, la Cour retient que, s'agissant d'un contrat de location d'habitation, les obligations prévues par la loi relatives au bail

59. *Id.* aux pp. 10-11.

60. [1979] 1 R.C.S. 565.

61. S.R.C. 1970, c. B-5 (devenue L.R.C. 1985, c. B-4).

62. (4 août 1987), Montréal 500-02-028295-850, J.E. 87-1193 (C.P.).

63. L.R.Q., c. N-1.1.

64. (2 septembre 1986), Gaspé 110-02-000292-840, J.E. 86-984 (C.P.).

65. L.R.Q., c. S-2.1.

66. Voir *Albert c. Cie Gaspésia*, *supra*, note 64 à la p. 6 (M. le juge Fortier).

67. [1983] C.P. 119.

d'habitation (ainsi les articles 1659 à 1659.8 du Code civil) deviennent des clauses du contrat.

Il nous est donné de constater, au vu de cet échantillonnage de décisions récentes, que les tribunaux font appel à l'article 1024 du Code civil du Bas Canada de manière particulièrement circonspecte au point où l'on en vient à se demander s'il ne joue pas, dans certaines affaires, un rôle tout à fait inutile. Est-il ainsi véritablement nécessaire de recourir à l'article 1024 pour en arriver à conclure, comme la Cour le fait dans l'affaire *Mungham*⁶⁸, que les articles 1659 à 1659.8 du Code civil s'appliquent au contrat de l'espèce lorsque l'article 1664 déclare déjà ces dispositions d'ordre public? Ce qui nous permet de noter, encore une fois, combien l'article 1024 n'est pas utilisé de manière subversive par les juges.

Cette prudence du judiciaire s'illustre également *a contrario*. Par exemple, dans une affaire *Bossio c. Sciortino*⁶⁹, la Cour se montre d'avis qu'on ne peut recourir à l'article 1024 du Code civil pour insérer une clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'actions. Ce serait là, en effet, ajouter à un contrat une obligation qui ne participe pas de sa nature. De même, dans *Faule c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*⁷⁰, la Cour refuse de lire au contrat individuel de travail une clause selon laquelle le siège social de l'employeur ne serait pas déplacé en cours de contrat.

En guise d'épilogue à cet examen de la jurisprudence récente relative à l'article 1024 du Code civil, il paraît opportun de renvoyer à deux décisions qui, à travers de brefs passages, résument utilement la position des juges en la matière et confirment que ceux-ci se gardent bien d'ajouter au contrat des obligations principales que les parties n'ont pas prévues ou des obligations accessoires qui ne découlent pas de la nature du contrat. Dans *Canadian Indemnity Insurance Co. c. Bureau d'investigation Concorde du Canada Ltée*, M. le juge Macerola s'exprime en ces termes:

*Il découle d'un contrat dont l'objet est de fournir des services de sécurité que la compagnie qui procure ces services est responsable si un incident survient alors qu'il pouvait être prévenu par son préposé dans l'exécution de sa tâche*⁷¹.

68. *Ibid.*

69. [1986] R.D.J. 410 (C.A.).

70. (28 juin 1984), Montréal 500-06-000008-843, J.E. 84-564 (C.S.).

71. (19 janvier 1987), Montréal 500-05-009389-832 (C.S.) [résumé à [1987] R.R.A. 105] à la p. 8 [les italiques sont ajoutés].

Pareillement, dans *Dempsey c. Canadian Pacific Hotels Ltd*, M. le juge Lesyk rappelle que:

This article [1024] only determines the scope or extension of the obligations *which necessarily flow from an agreement* between the contracting parties⁷².

Tant la lettre de l'article 1024 du Code civil que les précédents jurisprudentiels confirment donc que les seules obligations implicites autorisées par le droit positif sont les obligations accessoires découlant de la nature du contrat. Chacune des interventions du juge dans le contrat commande donc une analyse préalable de l'accord, afin d'en mettre au jour la nature, et de l'obligation principale, en vue d'en cerner les contours. Ces opérations menées à bien, le juge sera fondé à ajouter au contrat une obligation implicite en-deçà des paramètres indiqués. Cette conclusion est d'ailleurs commandée par la logique du droit du contrat porté au Code civil:

- l'article 1024 n'a vocation à intervenir que s'il existe un contrat valide entre les parties;
- comme en font foi les articles 984 et 1058 du Code civil, un contrat valide pré-suppose l'existence d'une obligation ayant un objet;
- dès lors, l'article 1024, en tant qu'il concerne l'expansion du contrat, ne saurait porter que sur des obligations *accessoires* puisque le contrat comprend déjà nécessairement une obligation principale ayant un objet⁷³.

Si légitime soit-elle, une intervention judiciaire visant ce qui, dans le contrat, participe de sa nature tout en relevant de l'accessoire, conduit cependant le juge à franchir la frontière entre l'interprétation et la révision du contrat.

II. La révision judiciaire du contrat

Il ne saurait faire de doute que, même dans le cadre des limites posées par le texte de l'article 1024 du Code civil, celui-ci confère aux tribunaux un pouvoir de révision judiciaire. En effet, l'on ne peut accepter, avec Crépeau, que la seule tâche à laquelle se livrent les juges dans ce contexte soit d'«auscult[er]»

72. [1984] C.S. 752 à la p. 754 [les italiques sont ajoutés].

73. Voir, en ce sens, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Louis Baudouin, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel?», (1983) 43 R. du B. 675 à la p. 715.

le contrat, de le «dépli[er]» afin de «déceler» - c'est-à-dire de mettre au jour - les obligations qui doivent relever du régime contractuel⁷⁴.

A. Les limites de l'interprétation

Retenir le langage de l'interprétation signifierait que ces obligations que le juge retient comme faisant partie du contrat s'y trouvent déjà, comme en filigrane. C'était apparemment l'idée de Domat⁷⁵. Si cela peut se concevoir s'agissant des obligations fondées sur l'«usage»⁷⁶ ou sur la loi, l'on ne voit pas comment on pourrait en dire autant des obligations que le juge qualifie de contractuelles en invoquant l'«équité». S'agissant de l'obligation de renseignement, par exemple, on l'imagine mal logeant à l'enseigne de l'«usage». S'il est, par ailleurs, des cas de prescription législative ou réglementaire, il reste que, le plus souvent, le juge ne peut qualifier de contractuelles les obligations implicites qu'en invoquant l'équité et ce, qu'il le fasse expressément ou autrement. Traitant précisément de ce fondement à l'intervention de la Cour, Carbonnier n'hésite pas à écrire qu'«[i]l faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées»⁷⁷. D'autres se sont montrées plus caustiques (mais non moins perspicaces) et ont stigmatisé l'explication fondée sur l'interprétation comme constituant «une casuistique indigne du civiliste»⁷⁸. C'est ainsi qu'on a pu écrire:

[O]n a le devoir de reléguer désormais dans le domaine historique les théories-panacées qui ont eu leur temps de gloire, mais dont une saine compréhension du droit a ruiné le crédit. Aux tenants de la présumée reconstitution des volontés privées, une seule concession pourrait être

74. Crépeau, *supra*, note 7 à la p. 6. Voir, en ce sens, par exemple, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations [.] Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 5e éd., Paris, Litec, 1990, no 237, p. 285: «Par le biais de l'interprétation, la jurisprudence introduit dans les contrats des obligations de sécurité»; Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1: *Obligations*, 7e éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1985, no 402, p. 382, où les auteurs parlent d'une «recherch[e] [de] la volonté des parties», plus précisément de leurs «*intentions tacites*» [les italiques sont des auteurs]; Henri et Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, nos 165-72, pp. 222-25.

75. Voir Domat, *supra*, note 5, Sect. III, I: «toutes ces suites de conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie, car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leurs engagements».

76. Voir ainsi M. le Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828 à la p. 90: «Adoption de l'article 32 (1135 du *Code [civil français]*), avec l'explication qu'il ne s'agit pas de permettre que l'usage ajoute aux engagements, mais seulement de l'en constituer l'interprète». Peut-il, du reste, en aller autrement au vu de l'art. 1160 du Code civil français (comme de l'art. 1017 C.c.B.C.)?

77. Carbonnier, *supra*, note 1, no 27, p. 68.

78. Simone Goldschmidt, *L'obligation de sécurité* (thèse, Besançon), 1947 à la p. 200.

accordée: en introduisant d'office une obligation dans le cadre du contrat, la jurisprudence place les parties dans une situation qu'elles auraient pu créer en même temps qu'elles créaient de leur plein gré le rapport juridique tendant, par exemple, au transport ou à l'amusement de l'une d'elles⁷⁹.

Kuhn dirait qu'il faut voir dans l'explication traditionnellement mise de l'avant un paradigme révolu⁸⁰.

Dès lors, selon Durkheim, c'est cet article du Code qui, le mieux, montre «que les contrats donnent naissance à des obligations qui n'ont pas été contractées»⁸¹. Un arrêt récent y insiste. Ainsi dans *Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltée*, la Cour, refusant à un vendeur le bénéfice d'une clause de transport de loyers consentie par l'acheteur en termes tout à fait nets, écrit, se référant expressément à l'article 1024 du Code civil, que celui-ci confère un pouvoir de correction du contrat au juge:

L'équité fait donc partie intégrante de tous les contrats civils, malgré la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Elle permet au juge un pouvoir discrétionnaire de corriger les conséquences des iniquités les plus graves dans les contrats⁸².

Avancer que l'article 1024 constitue la «règle fondamentale d'interprétation des contrats» ne rend donc pas compte de la dynamique qui intervient entre les sphères contractuelle et judiciaire⁸³. Morin l'a bien vu qui écrit: «dans la réalité cette obligation prétendue contractuelle ne découle pas de la volonté de celui qui en est le débiteur, mais lui est imposée dans l'intérêt de la victime»⁸⁴. Il serait, par exemple, fantaisiste pour la Cour d'imputer à un transporteur une intention d'assumer une obligation de sécurité. Comment, en effet, prêter à un débiteur une intention, au moment de la formation du contrat, de sciemment alourdir son fardeau obligationnel lorsque, par ailleurs, les

79. *Id.* aux pp. 200-01.

80. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970, *passim*. Voir, généralement, Pierre Legrand, «The Case for Judicial Revision of Contracts in French Law (And Beyond)», (1989) 34 McGill L.J. 908 aux pp. 915-30.

81. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, 11e éd., Paris, P.U.F., 1986 à la p. 190 [d'abord paru en 1930].

82. [1990] R.J.Q. 1971 (C.S.) à la p. 1976 (M. le juge Frenette).

83. Paul-André Crépeau, «Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité», dans Jacques Boucher et André Morel, éd., *Livre du Centenaire du Code civil*, t. II: *Le droit dans la vie économique-sociale*, Montréal, P.U.M., 1970 à la p. 199.

84. Gaston Morin, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, Sirey, 1945 à la p. 13.

circonstances ne révèlent l'existence d'aucune contrepartie qui le justifierait de procéder ainsi? Ne sommes-nous pas confrontés ici à une pratique singulièrement divinatoire et n'ayant que fort peu à voir avec la réalité contractuelle? Aussi Viney, renvoyant à la décision de la Cour de cassation qui, la première, sanctionnait l'obligation de sécurité du transporteur de personnes, n'hésite pas à mentionner que la Cour avait alors «découv[ert], c'est à-dire [i]nvent[é]» l'obligation de sécurité⁸⁵.

Kelsen, dans un passage qu'il importe de reproduire, reprend les raisons pour lesquelles l'article 1024 du Code civil ne saurait - eu égard à la notion d'équité qui y est mentionnée - participer de l'interprétation du contrat:

Si l'on demande de quelle manière les volontés de deux ou plusieurs individus, qui constituent le fait de la convention, doivent coopérer, l'analyse montre que les volontés, ou plutôt *les manifestations de volonté des sujets concluant la convention doivent apparaître dirigées vers le même objet*. Cet objet est toujours la conduite d'un individu et en général la conduite de l'un ou des deux individus concluant la convention. Les parties contractantes doivent, d'après ce qu'on peut conclure de leurs manifestations, vouloir la même chose, leurs actes de volonté exprimés doivent être parallèles; même si les parties contractantes doivent aux termes de la convention se comporter différemment. [...] En ce qui concerne l'acte de conclusion du contrat, les volontés exprimées doivent toujours, et sans exception, être parallèles, c'est-à-dire elles doivent toujours avoir le même contenu⁸⁶.

Comme l'écrivait déjà Sainctelette, «[q]ui dit contrat dit commune intention. La *commune intention* n'est pas divisible. Elle est ou elle n'est pas»⁸⁷. Ainsi il est indéniable que l'intervention du juge dans la sphère contractuelle, par le biais d'adjonction d'obligations au contrat, s'écarte du processus de formation de la norme que décrit Kelsen. Il ne fait pas de doute, en effet, que l'obligation faisant l'objet de l'intervention judiciaire ne reflète pas l'expression de volontés «parallèles» des parties. C'est ce que constate Josserand: «ni le débiteur n'a eu la générosité imprudente que la jurisprudence veut bien lui prêter, ni le créancier n'a songé à formuler les exigences qu'on lui suppose»⁸⁸. Il n'y a pas *consonance* des volontés relativement à cette obligation. Car parlons concrètement: cette

85. Voir Geneviève Viney, *Traité de droit civil*, t. IV: *Les obligations* [:] *La responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1982, no 501, p. 605, référant à Civ., 21 novembre 1911, D.1913.1.249, n. Louis Sarrut; S.1912.1.73, n. Ch. Lyon-Caen.

86. Hans Kelsen, «La théorie juridique de la convention», (1940) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 33 aux pp. 39-40 [les italiques sont ajoutées].

87. Charles Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Marescq, 1884, no 10bis, p. 131 [les italiques sont de l'auteur].

88. Louis Josserand, «Le contrat dirigé», D.H.1933.Chr.89 à la p. 90.

obligation que le juge insère dans le contrat fait l'affaire d'une partie et pas l'affaire de l'autre.

Lorsqu'une cour laisse entendre, par exemple, qu'on peut apercevoir dans un contrat donné une intention «implicite» de fournir sa sécurité au cocontractant, elle entend donc ajouter à celui-ci une obligation que l'une des parties au moins - le transporteur, par exemple - n'a jamais eu l'intention d'y insérer. La cour paraît alors renvoyer aux seules attentes du créancier de cette obligation. Il est d'ailleurs loisible de se demander comment ces attentes viennent à l'attention des tribunaux, notamment lorsque la détermination s'opère en Cour d'appel, c'est-à-dire en l'absence de témoins. Quant aux attentes de notre hypothétique transporteur - rappelons-nous l'idée de *commune* intention à la base du contrat - l'on peut penser que si celui-ci avait voulu s'engager à l'obligation que lui impute la Cour d'appel, il eut pris garde de vérifier, au préalable, que le langage de son contrat d'assurance lui donnât clairement droit de prétendre à une indemnité au cas de responsabilité civile contractuelle pour fourniture inadéquate de sécurité et, possiblement, d'exiger un prix plus élevé de son cocontractant. Aussi peut-on facilement comprendre que l'intervention judiciaire se révèle particulièrement fâcheuse pour ce transporteur lorsqu'elle débouche sur la reconnaissance d'une obligation implicite qui se voit insérée dans le contrat pour la première fois. Le geste du juge ne saurait, dès lors, relever de la simple interprétation *a posteriori*. Plutôt, il y a bel et bien là l'exercice par le juge d'un pouvoir de révision judiciaire qui trouve sa source dans l'article 1024 du Code civil; et c'est ce pouvoir qui lui permet de remanier le contrat malgré l'absence d'un parallélisme des volontés des parties. Ainsi l'article 1024 va au-delà de la simple interprétation; n'est-il pas d'ailleurs, comme il a été mentionné, situé, au Code civil, au-delà de la section relative à l'interprétation⁸⁹?

Mais, hormis le recours à l'équité, une autre question se soulève encore relativement à la portée de l'article 1024. Le juge peut, en effet, invoquer cette disposition pour insérer dans le contrat des obligations qui, découlant de sa nature et étant accessoires à l'obligation principale, sont issues, non de l'équité mais bien de la «loi»⁹⁰. La cour pourrait-elle ainsi fonder la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation de sécurité sur l'article 1024 du Code civil si elle devait retenir que les obligations qui lui sont imposées lui incombent en vertu de lois ou règlements précisant la portée de normes professionnelles et techniques visant la sécurité? La question mérite d'être explorée dans la mesure

89. *Supra* au texte accompagnant la note 1. Voir également Domat, *supra*, note 5, Sect. II, X-XXIV, où l'auteur ne situe pas non plus son texte dévolu à la portée du contrat [reproduit intégralement *supra* au texte accompagnant la note 8] aux rubriques qu'il consacre à l'interprétation.

90. Au sens du Code civil, le mot n'entend s'appliquer qu'aux lois québécoises: art. 17, parag. 2 C.c.B.C.

où l'importance de cette normalisation législative et réglementaire ne fait pas de doute⁹¹. La décision de la Cour d'appel du Québec dans *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny* illustre fort bien la problématique soulevée. Traitant de l'entrepreneur et «de son obligation contractuelle fondamentale d'exécution conforme aux normes courantes des techniques de la construction et des règlements en vigueur»⁹², M. le juge LeBel, citant l'article 1024 du Code civil à l'appui de son assertion, écrit:

Un contrat de construction comprend généralement l'obligation parfois expresse, toujours au moins implicite, de conformité de l'oeuvre aux normes prescrites par les autorités publiques. [L'entrepreneur] assumait l'obligation de livrer à [son client] une maison pourvue d'un système électrique en bon état et conforme à la réglementation sur les installations électriques et au Code de l'électricité adopté en vertu de celle-ci⁹³.

Ainsi tout contrat comprendrait une obligation implicite de conformité aux normes législatives et réglementaires de sécurité, ce qui signifierait que toute violation de celles-ci entraînerait, du coup, une responsabilité contractuelle. Il est à noter que la Cour insiste sur le fait que la sous-traitance ne saurait en rien alléger l'obligation de l'entrepreneur envers son client. Il y a là une application du principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui⁹⁴. De nombreuses autres décisions mettent de même en relief le rôle des textes législatifs et réglementaires dans le processus de détermination judiciaire de la conformité à l'obligation de sécurité.

Dans *Larivée c. Commission scolaire de Waterloo*⁹⁵, la Cour insiste sur le fait que l'aménagement des lieux où s'est produit l'accident respecte les normes et exigences du *Code du bâtiment*⁹⁶, alors que, dans l'affaire *Laplante c. Commission scolaire régionale Louis Fréchette*⁹⁷, l'on impute une responsabilité civile à un centre d'éducation des adultes pour avoir toléré que des étudiants ne portent pas constamment des lunettes de sécurité alors qu'ils effectuent des

91. Voir, généralement, Jacques Ghestin, «Normalisation et contrat», dans *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, 485; (1985) 19 R.J.T. 1. Cet auteur aborde également la problématique du statut juridique de normes n'ayant pas été adoptées par voie de règlement ou de loi mais étant le fait d'une agence de normalisation.

92. *Supra*, note 42 à la p. 758.

93. *Ibid.*, renvoyant à la *Loi sur les installations électriques*, L.R.Q., c. I-13.01.

94. Voir *Cinépix Inc. c. J.K. Walkden Ltd.*, [1980] C.A. 283; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.). Voir aussi, en matière de sous-traitance, *Construction J.R.L. (1977) Ltée c. La Royale du Canada*, [1988] R.R.A. 217 (C.A.).

95. [1989] R.R.A. 905 (C.S.).

96. R.R.Q. 1981, c. S-3, r. 2, adopté en vertu de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, L.R.Q., c. S-3.

97. [1990] R.R.A. 373 (C.S.). La Cour qualifie, à tort, cette responsabilité de non contractuelle.

travaux à risque et ce, en contravention du *Règlement sur les établissements industriels et commerciaux*⁹⁸. De même, dans *Marchand c. Station de ski St-Mathieu Inc.*⁹⁹, la Cour retient une responsabilité civile à l'encontre de l'opérateur d'un centre de ski pour n'avoir pas placé un surveillant de manière à ce qu'il puisse surveiller le débarcadère du télésiège en violation du *Règlement sur la sécurité des remontées mécaniques*¹⁰⁰. Plus récemment, dans *Paulin c. Aetna Casualty du Canada*¹⁰¹, la Cour jugeait que le degré d'inclinaison de la pente d'une rampe d'accès dans un établissement commercial n'étant pas conforme au *Code du bâtiment*¹⁰², le propriétaire de l'établissement devait être tenu responsable de l'accident subi par un paraplégique qui, se déplaçant en fauteuil roulant, s'était blessé en tombant sur le parquet de l'établissement¹⁰³. Il convient de renvoyer, enfin, à l'affaire *Dufort c. Station touristique de Bromont*¹⁰⁴, où la Cour détermine qu'il n'existe ni normes ni réglementation relativement à la construction de glissades d'eau et conclut à l'absence de responsabilité civile du propriétaire du parc d'amusement¹⁰⁵.

Toutes ces normes doivent-elles, comme le suggère l'arrêt *Hervé Rancourt Construction Inc. c. Sévigny*¹⁰⁶, participer du contrat en vertu de la «loi», cette rubrique constituant l'un des fondements de l'expansion du contrat mentionnés à l'article 1024 du Code civil? Au-delà des questions relatives à la nature du contrat et au caractère accessoire de l'obligation en cause, qu'il n'y a pas lieu de soulever de nouveau ici, la réponse à cette question passe par une réconciliation des articles 1024 et 1057 du Code civil, cette dernière disposition relevant du domaine de la responsabilité non contractuelle et fondant les obligations issues de la loi seule¹⁰⁷. La jurisprudence considère ces textes comme

98. R.R.Q. 1981, c. S-2.1, r. 9, adopté en vertu de la *Loi sur la santé et sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

99. [1988] R.R.A. 56 (C.S.). La Cour qualifie, à tort, cette responsabilité de non contractuelle.

100. R.R.Q. 1981, c. S-3, r. 5, adopté en vertu de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, *supra*, note 96.

101. [1990] R.R.A. 798 (C.S.).

102. *Supra*, note 96.

103. Cf. *Leckerman c. Hôpital du Sacré-Coeur de Cartierville*, [1989] R.R.A. 46 (C.S.), où la Cour fonde la violation d'une obligation (non contractuelle) de sécurité sur une violation de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, *supra*, note 96.

104. [1990] R.R.A. 853 (C.Q.).

105. Voir, pour d'autres décisions, par exemple, *Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Timm*, [1986] R.J.Q. 2509 (C.A.), retenant une responsabilité (non contractuelle) pour une chute dans un escalier mécanique; *Moreau c. La Commission Hydro-Électrique du Québec* [1986] R.R.A. 51 (C.S.), relative à l'obligation, pour la compagnie hydro-électrique, d'assurer la sécurité d'un monteur travaillant sur son réseau.

106. *Supra*, note 42.

107. L'art. 1057 C.c.B.C. se lit comme suit:

Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

étant exclusifs l'un de l'autre et conduit à conclure que, s'agissant de l'existence d'une obligation de fourniture de sécurité en vertu des normes législatives ou réglementaires, c'est bien le seul article 1024 du Code civil qui doit trouver application. Il convient d'explicitier le fondement de cette détermination.

S'agissant de l'article 1057 du Code civil, la jurisprudence retient qu'il ne peut être mis de l'avant comme fondement d'une obligation qu'en l'absence de toute intervention volontaire du débiteur. Si l'on se reporte au texte même de cette disposition, l'on constate que les obligations des tuteurs ou administrateurs ou encore les obligations des enfants envers leurs parents indigents sont précisément des obligations qui voient le jour sans que le débiteur n'ait lui-même fait quoi que ce soit pour leur donner forme. Ces obligations naissent, au sens le plus rigoureux, de la loi seule. Dès lors, dans tous les cas où une obligation doit être imputée à une partie dans des circonstances où celle-ci n'a pas, par une intervention volontaire de sa part, elle-même déclenché l'application de cette obligation, seul l'article 1057 du Code civil peut être retenu comme fondement de cette obligation¹⁰⁸. La prise en considération de la jurisprudence révèle que les mots «et autres semblables», qui se retrouvent en fin d'article, réfèrent à toutes les situations où une partie fait, de même, l'objet d'une obligation sans intervention aucune de sa part¹⁰⁹. C'est ainsi que reposent sur l'article 1057 les obligations qui, semblablement à celles des tuteurs, administrateurs, enfants, *etc.*, interviennent sans que le débiteur n'ait manifesté le moindre acquiescement à cette situation, c'est-à-dire sans manifestation de volonté aucune de son chef.

Si, toutefois, les circonstances de l'espèce révèlent une intervention volontaire, par exemple la conclusion d'un contrat comme expression de volontés libres des parties en cause, il ne saurait alors être recouru à l'article 1057. En effet, telle intervention exclut l'article 1057 du Code civil dans la mesure où l'on ne saurait plus affirmer que les obligations légales qui s'imposeront aux parties, le cas échéant, naissent de la loi seule. Ce n'est pas en vertu de la loi seule que le justiciable se trouve assujetti aux dispositions des

Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée;
L'obligation des enfants de fournir à leurs parents indigents les nécessités de la vie;
Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents;
Les obligations qui en certaines circonstances, naissent de cas fortuits;
Et autres semblables.

108. Voir, par exemple, *Brouillard c. Perron*, [1989] R.J.Q. 569 (C.A.); *Regout c. Commission scolaire régionale de l'Outaouais*, [1983] R.L. 524 (C.P.); *Mungham c. Larivière*, *supra*, note 67. Voir aussi *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555 à la p. 567 (M. le juge Beetz); *Banque de Montréal c. P.G. Québec*, *supra*, note 60 à la p. 572 (M. le juge Pratte).

109. Voir *Lapierre c. P.G. Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241 aux pp. 262-63 (M. le juge Chouinard).

normes législatives et réglementaires ou, par exemple, à la *Loi sur les normes du travail*¹¹⁰. En effet, les obligations prévues à cette loi ne s'imposent au justiciable que parce qu'il a conclu un contrat individuel de travail avec un employeur. L'article 1024 du Code civil nous enseigne que, même s'il est muet sur la question, le contrat s'étend alors aux dispositions légales accessoires pertinentes, eu égard à sa nature. Dans cette situation, seul le recours à l'article 1024 doit être autorisé; et, parce que cet article a pour objet de préciser le contenu du contrat, il en résulte que la violation d'une disposition telle que la loi déjà mentionnée en matière de droit du travail entraîne, pour le débiteur, une responsabilité contractuelle.

Ces observations commandent deux conclusions. Premièrement, il convient de noter qu'un demandeur ne peut s'appuyer à la fois sur les articles 1024 et 1057 du Code civil. Il doit nécessairement choisir l'une de ces deux avenues. Deuxièmement, la détermination de l'option qui mérite d'être retenue passe par un examen de la situation factuelle en cause et oblige à juger si, ce cas témoigne d'une intervention volontaire du justiciable qui serait à la source de l'obligation qu'on veut lui imputer et qui, du coup, excluerait l'article 1057 et aurait l'heur de fonder celle-ci sur le seul article 1024 du Code civil, c'est-à-dire de situer la responsabilité sur le plan contractuel.

B. Le rôle du juge

Qui dit «interprétation» ne dit donc pas «révision», les deux notions s'excluant l'une l'autre. Et il ne saurait être question ici que de simples nuances: s'agissant d'interprétation, le rôle du juge est de donner son plein effet à la volonté des parties alors qu'en matière de révision il s'agit pour le juge, au contraire, de remanier le contrat à l'encontre même de la volonté des parties ou, du moins, de l'une d'entre elles. Le renvoi à l'intention commune des parties se fait ainsi incompatible avec une disposition telle l'article 1024 du Code civil qui vise précisément à guider le juge en l'absence de telle communauté d'intention. Il y a lieu de paraphraser Demolombe traitant de l'interprétation des lois:

interpréter, c'est découvrir, c'est *élucider* le sens exact et véritable [du contrat]. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile; elle peut même parfois prêter [aux parties] des vues, des intentions qu'[elles] n'avai[ent] pas ..., meilleures ou moins bonnes; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir *inventé*; autrement, elle ne serait plus de *l'interprétation*¹¹¹.

110. *Supra*, note 63.

111. Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 2e éd., t. I, Paris, Durand, 1860, no 115, pp. 134-35 [les italiques sont de l'auteur].

Un recours à l'article 1024 du Code civil - c'est-à-dire à la rationalité de l'implicite - dans les décisions où la jurisprudence sanctionne une obligation de renseignement ou une obligation de sécurité marquée au coin de l'équité illustre nettement une vision franchement *expédiente* du droit. Le contrat devient, pour transplanter la formule de Jutras, «un instrument de réalisation des objectifs externes qu'on fixe pour la responsabilité civile»¹¹². Ainsi la cour utilise l'article 1024 comme un outil lui permettant d'atteindre à ses visées. Aussi se voit-elle appelée à fonctionner à rebours.

Elle décide d'abord qu'il doit y avoir réparation. Vu l'indisponibilité des remèdes «préfabriqués» (on sait que, par hypothèse, le contrat est muet sur la question en litige), elle choisit de créer une situation qui justifiera l'octroi d'un remède taillé «sur mesure». Ceci implique la construction d'une violation d'obligation. La cour identifie dès lors une conduite du vendeur ou du transporteur susceptible d'être constitutive de faute (par exemple, la non-fourniture d'un renseignement adéquat ou d'une sécurité suffisante) et elle impute ensuite à cette partie une obligation primaire formulée de telle sorte que la conduite précédemment identifiée en constituera inéluctablement la violation. La chronologie habituelle des événements (obligation primaire + violation = obligation secondaire [de réparation]) est ici rompue¹¹³. Et tout ceci, afin d'atteindre à la formulation d'une obligation secondaire permettant la réalisation de certaines visées de politique juridique. Le résultat vient d'abord, le raisonnement ensuite. C'est ainsi qu'il faut distinguer les notions de responsabilité contractuelle et d'inexécution du contrat. Ici, la responsabilité, en effet, «ne naît pas du contrat, mais d'une obligation dont la fonction est purement réparatrice et imaginée pour faire peser une responsabilité éventuelle sur le [débitéur]. En outre, la responsabilité a une portée plus large, car elle est mesurée sur le dommage subi et non pas sur l'obligation»¹¹⁴. C'est la survenance de l'accident qui, seule, révèle l'inexécution de l'obligation implicite.

Traitant de l'obligation de sécurité, un auteur écrivait ainsi que «le juge, après avoir créé de toutes pièces l'obligation de sécurité, [l'impose] à une catégorie de contractants en vertu de son "imperium": de sa propre autorité, il [enrichit] étrangement et consolid[e] le plexus obligatoire»¹¹⁵. Or, il faut admettre que la rationalité mise en place par le judiciaire ne s'impose nullement au droit. En effet, on pourrait tout aussi bien arguer qu'en contractant, donc en

112. Daniel Jutras, «Réflexions sur la réforme de la responsabilité médicale au Québec», (1990) 31 C. de D. 821 à la p. 845, note 67.

113. Voir, sur l'imbrication des obligations primaires et secondaires, Pierre Legrand, «Éléments d'une taxinomie des obligations juridiques», (1989) 68 R. du B. can. 259, aux pp. 278-98.

114. Corinne Mascala, «Accidents de gare: le 'déraillement' de l'obligation de sécurité», D.1991.Chr.80 à la p. 82.

115. Goldschmidt, *supra*, note 78 à la p. 187.

acceptant le prix du contrat, le client s'est engagé à prendre sur lui (par exemple, par le biais d'une assurance) les risques afférents à son information ou à sa sécurité. La reconnaissance d'une obligation de renseignement ou d'une obligation de sécurité à la charge d'un vendeur ou d'un transporteur, parce qu'elle n'est pas *nécessaire* sur le plan juridique, ne peut donc s'imposer que par le recours à d'autres valeurs, extra-juridiques cette fois. Et c'est ce qui, à travers les préoccupations contemporaines relatives à la compensation des victimes d'accidents, met en lumière la nature *régressive* du raisonnement judiciaire et partant, le caractère quasi inéluctablement politique du processus adjudicatif¹¹⁶.

Dans les décisions où ils retiennent l'existence d'une obligation implicite, qu'il s'agisse, par exemple, d'une obligation de renseignement ou d'une obligation de sécurité, les tribunaux rejettent l'application de la *règle*, c'est-à-dire d'un repère facilement et mécaniquement applicable à une configuration factuelle donnée et permettant d'éliminer l'arbitraire tout en favorisant la prévisibilité. L'on songe tout particulièrement à la règle selon laquelle les contrats passent par la manifestation d'une intention commune ou d'un accord de volontés. Plutôt, les tribunaux choisissent, s'agissant de déterminer l'existence d'une obligation implicite dans le contrat, de retenir des critères flous, c'est-à-dire des *standards*¹¹⁷. Un standard s'oppose à une règle en ce que, tributaire de notions à contenu variable telles la bonne foi, l'apparence et le caractère raisonnable d'un comportement, il se fait d'application relativement idiosyncratique, empêchant par là la sur-inclusion et la sous-inclusion qu'on associe typiquement à l'énoncé de la règle. Duncan Kennedy a démontré comment, sans qu'il n'y ait de lien *nécessaire* entre l'expression de la norme contractuelle sous une forme ou sous une autre - règle ou standard - et la promotion de valeurs données¹¹⁸, le rapport entre forme et valeur existe bel et bien. Au fur et à mesure qu'un degré de concrétisation formelle plus élevé serait imprimé à la norme, celle-ci tendrait davantage à refléter les valeurs traditionnellement associées à l'individualisme. Ainsi l'adhésion à la règle privilégierait l'idéal de l'individualisme. Au contraire, opter pour le standard, ce serait favoriser l'altruisme. Il n'y a pas lieu de prendre ici position sur le mérite de la thèse de Kennedy dans son détail. Mais il reste que l'auteur paraît bien

116. Voir, généralement, Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique*, Paris, P.U.F., 1990 aux pp. 205-20 et spéc. 208-10.

117. Voir, par exemple, Stéphane Rials, «Les standards, notions critiques du droit», dans Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.

118. Cette précision est importante, car ce ne serait pas faire justice à l'auteur que de lui prêter une position davantage dogmatique. Voir, pour l'article fondamental de Kennedy sur cette question, «Form and Substance in Private Law Adjudication», (1976) 89 Harv. L. Rev. 1685. Voir, en outre, pour une interprétation séduisante de la pensée de Kennedy, Andrew Altman, *Critical Legal Studies [.] A Liberal Critique*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1990 aux pp. 106-17.

refléter là la manière dont le droit a évolué, oscillant constamment entre deux points de vue de politique juridique fondamentalement opposés qu'ont reflété l'adhésion à l'une ou l'autre des formulations de prédilection de la norme juridique. Dans les décisions relatives à l'obligation contractuelle implicite, les cours, loin de retenir l'application de la règle établie - laquelle priverait les justiciables d'un remède contractuel, voire de quelque remède que ce soit, à l'encontre de leurs vendeurs, transporteurs ou autres - choisissent de faire prévaloir des notions souples. Elles insistent, par exemple, sur le caractère *tacite* des obligations contractuelles imprégnant par là à leurs décisions un altruisme diffus. Cet altruisme, faut-il le rappeler, se fait toutefois unilinéaire, allant du vendeur ou transporteur - c'est-à-dire du professionnel - vers le cocontractant.

Le raisonnement judiciaire qu'illustrent les décisions en matière d'obligation implicite rend bien compte de ce que le juge n'est pas en mesure de dissocier sa réflexion juridique de choix politiques. Celles-ci nous démontrent qu'il n'est pas de raisonnement judiciaire qui soit objectif et impartial - c'est-à-dire cliniquement «juridique» - et qui permette à l'observateur de prédire, avec une rigueur toute mathématique, le jugement éventuel dans une affaire donnée. Plutôt, l'adoption d'un certain mode de raisonnement - ainsi l'application délibérée d'une règle ou d'un standard comme critère décisionnel - implique, *du coup et par-là même*, l'expression de choix politiques. La décision qui est rendue n'est, dès lors, ni plus ni moins que l'appui donné par la cour à celle des parties ayant su présenter le meilleur argument *politique*. Ainsi le raisonnement judiciaire serait fondamentalement indéterminé; c'est ce qui paraît transparaître de façon saisissante de la jurisprudence à l'étude.

Dès lors, le contrat n'est plus la seule affaire des parties, ne participe plus exclusivement du domaine privé¹¹⁹. Il devient un objet auquel s'intéresse activement l'État, notamment par le biais de ses juges, et dans lequel l'État - ici encore, par l'entremise du judiciaire - injecte sa vision politique. Celle-ci n'en est pas moins, bien sûr, formulée dans le langage juridique qui convient, afin que la décision judiciaire qui en est imprégnée se ménage sans difficulté l'adhésion de la «communauté interprétative» à laquelle elle s'adresse¹²⁰. Pour paraphraser ce que disait Bredin de la fonction de l'avocat, le rôle du juge «n'est pas d'établir une vérité certaine, une vérité démontrée, une vérité irréfutable. Il n'est que d'obtenir l'adhésion momentanée [de la communauté juridique], [par

119. Voir, généralement, sur les manifestations du phénomène au Québec, Pierre Ciotola, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats: vers une publicisation du droit des contrats?», (1986) 20 R.J.T. 169.

120. Voir, sur la notion de «communauté interprétative», Stanley Fish, *Is There a Text in this Class? [...] The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980; *id.*, *Doing What Comes Naturally*, Durham, N.C., Duke University Press, 1989 aux pp. 141-60 et 294-311.

le biais d'un] jugement qui énonce une vérité judiciaire suffisante à la satisfaction [de cette communauté], au moins [en sa qualité de communauté juridique]»¹²¹. Si cette manifestation de la publicisation du contrat ressort nettement d'une lecture des décisions relatives à l'obligation implicite, l'on ne saurait, non plus, passer sous silence cet autre volet de l'intervention étatique auquel renvoie la jurisprudence en toile de fond, soit la recrudescence d'interventions législatives et réglementaires, notamment en matière de sécurité.

Ainsi le droit du contrat - et les notions-clés à travers lesquels il se manifeste, telle l'«intention» - n'aurait pas de signification déterminée. Il serait plutôt question de coquilles vides à l'intérieur desquelles le juge insérerait la signification qui lui convient¹²². En d'autres mots, la jurisprudence qui nous retient illustre combien l'on aurait tort de percevoir le droit du contrat comme ayant une existence autonome de la perception des individus appelés à le façonner. Il faut y insister: lorsqu'on renvoie aux valeurs sous-jacentes aux décisions judiciaires (ou, plutôt, aux valeurs que celles-ci *impliquent*), l'on n'a pas pénétré le domaine du non-droit. L'on reste, au contraire, fermement ancré dans la sphère du droit. Car ces valeurs sont intrinsèques à l'adjudication elle-même; elles sont le droit en action, le droit qui se fait. Avec Miaille, il faut dire qu'«une analyse *concrète* de la situation actuelle doit permettre d'affirmer que la jurisprudence est véritablement source de droit»¹²³. Telle analyse rend compte, en effet, de ce que les tribunaux ont véritablement entendu *faire le droit* chaque fois qu'ils ont posé la responsabilité contractuelle du professionnel envers le cocontractant pour violation de son obligation implicite de renseignement adéquat ou de fourniture de sécurité suffisante.

Au terme de notre examen de l'article 1024 du Code civil, il y a lieu d'interroger la formulation de cette disposition qui qualifie de contractuelles des obligations qui se démarquent foncièrement de la commune intention des parties. Traitant de l'obligation de sécurité, un auteur nous rappelle comme «c'est un fait remarquable en soi que la place et l'extension prises, dans le domaine de la responsabilité, par une obligation créée en marge, et de la loi, et de la volonté

121. Jean-Denis Bredin, «La logique judiciaire et l'avocat», dans *La logique judiciaire*, Paris, P.U.F., 1969, 93 à la p. 94.

122. Voir Clare Dalton, «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», (1985) 94 Yale L.J. 997 à la p. 1002, où l'auteur parle de «empty vessels».

123. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976 à la p. 246. Voir, en ce sens, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, t. I: *Introduction générale*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1990, no 431, p. 389: «la jurisprudence des Cours souveraines, et spécialement de la Cour de cassation, est *source de droit*» [les italiques sont des auteurs]. Voir, généralement, *id.*, nos 421-84, pp. 379-433. Cf., par exemple, les réticences d'une certaine doctrine récente: Boris Starck, *Introduction au droit*, 3e éd. par Henri Roland et Laurent Boyer, Paris, Litec, 1991, nos 827-41, pp. 342-48.

même des cocontractants»¹²⁴. Et Durkheim avait bien vu que «tout n'est pas contractuel dans le contrat»¹²⁵. Est-ce à dire qu'il faut conclure que les clauses qui sont ajoutées à l'accord par le juge, et au sujet desquelles les parties ne s'entendent pas, ne pourraient acquérir le statut d'obligations contractuelles? Il faut y insister: cette question ne se pose que sur le plan normatif car, en droit positif, l'article 1024 nous enseigne que ces obligations *sont* contractuelles et que la responsabilité qui découle de leur violation *est* contractuelle¹²⁶. Mais dans cette perspective normative, il faut bien admettre que ces clauses ne sont pas contractuelles en ce sens qu'elles ne sont pas le fait des seules parties. C'est soutenir une fiction que de prétendre le contraire. Dès lors, Morin a raison d'écrire que «[n]e sont donc pas contractuelles les obligations qui sont imposées par la loi ou les tribunaux»¹²⁷. Pourtant, ces obligations ne relèvent pas non plus exclusivement du domaine du non-contrat¹²⁸. En effet, toutes «étatiques» soient-elles, elles ne verraient pas le jour si elles n'étaient au préalable coulées dans un moule contractuel. Mais n'est-ce pas là l'opposition entre la substance (le caractère légal - au sens d'«étatique» - de l'obligation) et la forme (le contenant contractuel dans lequel elle est placée)? Honorat a proposé de résoudre le dilemme en qualifiant ces obligations de «quasi-contractuelles». Selon l'auteur, grâce à cette notion, un grand nombre de «règles novatrices, mais apparemment hétérodoxes, pourraient être réintégrées dans les perspectives du Code civil»¹²⁹. Cette solution ne mérite pas d'emporter l'assentiment. En effet, le rapport obligatoire eu égard à l'obligation implicite naît en l'absence de toute manifestation d'intention que ce soit par le professionnel. Or, l'appellation «quasi-contrat» suggère plutôt un contrat qui serait boiteux. Planiol a eu raison d'écrire que «l'expression quasi-contrat est tout à fait fautive»; il ajoutait qu'«il n'y en a peut-être pas, dans le droit tout entier, une seconde qui puisse rivaliser avec elle en impropriété»¹³⁰. Le professionnel n'a pas presque conclu une obligation contractuelle. Les obligations qui lui sont imposées sont franchement non contractuelles. Il faudrait donc, par défaut et bien que la désignation n'en soit pas parfaite, conclure à leur caractère légal; la substance doit primer la forme. C'est en ce sens que Viney a pu affirmer qu'il convenait de revenir à une

124. Goldschmidt, *supra*, note 78 à la p. 183.

125. Durkheim, *supra*, note 81 à la p. 189.

126. Voir René Demogue, «De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants», (1923) 22 Rev. trim. dr. civ. 645 à la p. 657.

127. Morin, *supra*, note 84 à la p. 23.

128. Voir, sur la désignation de «non-contrat», Legrand, *supra*, note 113 à la p. 276.

129. Voir Jean Honorat, «Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel», (1969) 67 Rev. trim. dr. civ. 653 à la p. 691.

130. Marcel Planiol, «Classification des sources des obligations», (1904) 33 Rev. crit. lég. jur. 224 à la p. 229. Voir, généralement, pour une critique du «quasi-contrat», *id.* aux pp. 227-29.

notion mieux ressentie, finalement plus «honnête» de la notion d'«obligation contractuelle». Ainsi cet auteur écrit:

Il serait donc à notre avis souhaitable d'expulser du champ contractuel ces prétendues «obligations» qui ne doivent en réalité absolument rien au contrat, ce qui permettrait d'appliquer sans discussion les principes de la responsabilité délictuelle. En d'autres termes, nous souhaitons que soit réellement mise en oeuvre l'idée qu'une obligation ne peut être qualifiée «contractuelle» que si elle a été créée ou aménagée par le contrat¹³¹.

Mais reste-t-il alors un contrat ou l'intervention du judiciaire qui ajoute une obligation implicite à l'accord des parties a-t-elle carrément supplanté celui-ci en s'y substituant ni plus ni moins? Morin paraît verser dans l'excès lorsqu'il dit que «les actes juridiques qui contiennent de telles obligations ne sont pas des contrats au sens du droit romain et du Code civil»¹³². Il semble que l'on puisse légitimement parler, à tout le moins, d'un contrat *révisé* sans que la formule ne paraisse indûment antinomique.

Les décisions rendues en matière d'obligations implicites interrogent ainsi le rôle traditionnellement dévolu à la classification des obligations selon leur source en tant que *summa divisio*¹³³. Elles illustrent, en effet, une atténuation de la dichotomie entre le contrat, d'une part, et les autres sources de droits subjectifs, d'autre part. Dans le contrat - et soumise au même régime contractuel de responsabilité civile - l'on retrouve maintenant une obligation dont l'origine est «méta-contractuelle»¹³⁴, c'est-à-dire prétorienne. Le contenu du contrat est dicté ou prescrit par le juge qui «découvre, institue à la charge des parties ou de l'une d'elles des obligations jusque-là insoupçonnées et qui lui paraissent découler de plein droit, tout naturellement, de tel ou tel contrat dont la productivité se trouve ainsi accrue sans que ni le législateur, ni les parties aient eu à intervenir»¹³⁵.

CONCLUSION

En autorisant le contrat comme source de droits subjectifs, l'État a délégué aux justiciables une part de sa souveraineté, ce qui leur permet de

131. Viney, *supra*, note 85, no 239, p. 286.

132. Morin, *supra*, note 84 à la p. 23.

133. Voir, pour une critique de la classification des obligations selon leur source comme *summa divisio*, Legrand, *supra*, note 113 aux pp. 260-78.

134. Josserand traite, quant à lui, d'«obligations jurisprudentielles»: Louis Josserand, «L'essor moderne du concept contractuel» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Paris, Sirey, 1977, 333 à la p. 340 [les italiques sont de l'auteur].

135. *Id.* à la p. 339.

systématiquement participer au processus de création du droit. Il y a abdication par l'État de son monopole dans la création du droit. Cette décentralisation du processus de création du droit implique que l'ordre juridique n'est pas nécessairement imposé de haut en bas (de l'État au justiciable) mais l'est aussi de bas en haut (du justiciable à l'État)¹³⁶. Il est toutefois des situations où l'État, par le biais de ses juges, conclut que le mécanisme contractuel constitue une menace pour l'harmonie du système juridique. Il y a alors intervention étatique pour rapatrier le pouvoir de création du droit. Cette entreprise de récupération se manifeste, par exemple, par l'insertion d'une obligation implicite dans le contrat. C'est l'expression d'une autre rationalité, de la normativité du non-dit. Il y a modification de l'ordonnancement aménagé par les parties. L'on peut ainsi apercevoir à travers cet interventionnisme judiciaire la résolution d'un tiraillement entre deux pouvoirs s'exerçant sur le contrat, celui de l'État et celui des cocontractants.

L'entreprise judiciaire participe alors de la justice distributive. Lorsque l'intervention du juge vise à corriger une situation qui a surgi, par exemple à la suite d'un accident, et à replacer les parties dans la position qui était la leur avant que cette situation ne se concrétise, il n'est question que de justice corrective. Mais, dans les décisions qui nous retiennent, ce n'est pas ce qui se produit, car les jugements n'ont précisément pas pour effet de replacer les parties dans la situation qui était la leur avant que n'intervienne la violation du contrat. Au contraire, le juge crée, par la «découverte» d'une obligation implicite, une situation qui n'a jamais existé antérieurement. Par exemple, le passager voit s'ajouter à son patrimoine une obligation de sécurité dont il devient créancier; le transporteur devient, quant à lui, tributaire d'une obligation de sécurité. Dans la mesure où le bilan des créances et des dettes est ainsi modifié, il faut bien constater le caractère «distributif» de la décision judiciaire. Le passager est plus riche d'une créance qu'il n'a pas payée. Le transporteur est plus pauvre d'une dette qu'il n'a pas souscrite¹³⁷. Sur le plan de la théorie juridique, il ne fait pas de doute que l'État est en mesure d'opérer une redistribution des richesses à l'échelle sociale. Reste à savoir s'il est approprié d'effectuer telle redistribution par le biais du juge dans le cadre d'une relation bi-latérale - et donc accidentelle - entre deux cocontractants. Mais il convient de résister ici à l'appel de la digression.

136. Voir Friedrich Kessler, «Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract», (1943) 43 Col. L. Rev. 629 à la p. 641.

137. Certes, l'obligation de sécurité vise à protéger l'intégrité de la personne humaine, droit traditionnellement considéré comme étant de caractère non patrimonial. Mais il ne faut pas se fermer les yeux: la violation de l'obligation de sécurité se convertit, pour la victime, en droit de réclamation d'une indemnité pécuniaire. Voir, en ce sens, Goldschmidt, *supra*, note 78 aux pp. 191-97.

La thèse de l'obligation implicite comme lecture de la volonté tacite des parties a un petit côté pomme d'api qui fait sourire. L'ennui, c'est que cette version des faits masque une réalité absolument cruciale par ses fondements comme par ses implications, soit l'infléchissement du contrat par le juge. Dans son étude du phénomène de l'obligation implicite, la doctrine québécoise, il faut bien l'avouer, a traditionnellement fait la part trop belle aux apparences. Ces vues plongeantes qui sont celles du juge ne sauraient être, si elles relevaient vraiment d'un effort d'identification de l'intention des parties, que des divinations éminemment discutables. Par accumulation de décisions, à petits traits, s'est constitué un mythe, une rhétorique: le juge trouve l'obligation implicite dans le silence du contrat. Plutôt, il faut voir que le juge trouve l'obligation implicite dans *son* entendement des impératifs socio-juridiques, exercice que lui autorise le silence du contrat.

Il n'est pas besoin d'endosser tout Barthes pour apprécier l'acuité de la distinction entre «dénotation» et «connotation» et la pertinence de celle-ci dans le contexte de notre discussion de l'obligation implicite. Lorsque le juge parle d'«obligation de sécurité», par exemple, il semble, sur le plan de la dénotation, constater la commune intention des parties. Mais puisqu'il n'y a pas de commune intention des parties, il faut lire la phrase du juge sur le plan de la connotation et comprendre que «le contrat est injuste». Ainsi, comme le souligne Barthes, la connotation apparaît-elle comme un parasite de la dénotation. Dans sa décision sanctionnant une obligation de sécurité, le juge dénote le passé et connote le futur, c'est-à-dire qu'il dénote l'obligation primaire mais connote l'obligation secondaire¹³⁸.

Vu le fourmillement de décisions relatives à l'obligation implicite, il est devenu très difficile de distinguer, autour d'un critère donné, les contrats qui comportent une telle obligation de ceux qui n'en comprennent pas¹³⁹. L'ampleur de cette casuistique conduit d'ailleurs Viney à parler d'«une excroissance assez injustifiée de la responsabilité contractuelle»¹⁴⁰. Pour Carbonnier, l'obligation de sécurité, par exemple, ne représente rien de moins que «la négation de la liberté individuelle *dans les lieux publics*»¹⁴¹. Or, il est intéressant de constater que le droit français paraît aujourd'hui vouloir opérer un rétrécissement du domaine de l'obligation contractuelle de sécurité, donc de la sphère de la responsabilité contractuelle entre contractants. C'est ce dont témoignent deux décisions récentes de la Cour de cassation, l'une du 7 mars 1989¹⁴² et l'autre du

138. Voir, généralement, Roland Barthes, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957 aux pp. 193-247.

139. Voir Viney, *supra*, note 85, no 501, pp. 604-05.

140. *Id.*, no 501, p. 606.

141. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 517 [les italiques sont de l'auteur].

142. Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, D.1991.1, n. Philippe Malaurie, et obs. Patrice Jourdain, (1989) 88 Rev. trim. dr. civ. 548.

10 janvier 1990¹⁴³. Sans doute rebutée par l'audace dont a fait preuve la jurisprudence française en la matière, une certaine doctrine s'est, de même, élevée contre le prétendu caractère contractuel d'obligations de sécurité qui n'ont rien à voir avec le contrat¹⁴⁴.

Ainsi Carbonnier propose un rétrécissement du champ de la responsabilité contractuelle particulièrement marqué:

ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité: l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes; les tragédies sont de la compétence des a. [1053] s.¹⁴⁵.

L'on voit mal comment Carbonnier en arrive à avancer cette suggestion. Il semble que l'on puisse fort bien, en effet, concevoir des obligations contractuelles dont la violation entraîne un préjudice corporel. Pourquoi, dès lors, tel préjudice ne devrait-il pas impliquer l'imputation d'une responsabilité contractuelle à celui des cocontractants qui en est l'auteur? Aussi cette réforme paraît-elle excessive¹⁴⁶.

Jourdain, pour sa part, suggère que dans tous les cas où l'obligation de sécurité est «totalement étrangère à l'objet du contrat et à la volonté même implicite des parties»¹⁴⁷, la qualification de la responsabilité devrait être non contractuelle¹⁴⁸. Il en irait ainsi, par exemple, des chutes dans les locaux d'un établissement ouvert à la clientèle. Cet auteur énonce comme suit sa position:

l'on peut hésiter à multiplier ainsi les obligations implicites de sécurité hors les cas où il existe un lien suffisamment étroit entre la prestation objet du contrat et les risques de dommages auxquels, dans l'exécution, le créancier se trouve exposé. C'est en effet l'existence de risques de dommages corporels nés de l'exécution de la prestation contractuelle qui nous semble être le critère de l'obligation de sécurité. Cela ne concerne guère que les contrats dont l'exécution est de nature à porter atteinte à la sécurité du créancier, comme lorsque celui-ci se trouve

143. Civ. 2e, 10 janvier 1990, obs. Patrice Jourdain, (1990) 89 Rev. trim. dr. civ. 481.

144. Voir, déjà, Viney, *supra*, au texte accompagnant la note 131.

145. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 517.

146. Voir, en ce sens, Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1982, no 1325, p. 422.

147. Voir Jourdain, *supra*, note 143 à la p. 483.

148. Voir, en ce sens, Alex Weill et François Terré, *Droit civil [.] Les obligations*, 4e éd. Paris, Dalloz, 1986, no 400, p. 407; Viney, *supra*, note 85, no 501, pp. 605-06 et no 554, pp. 661-64; Mascala, *supra*, note 114, *passim*. *Contra*: Jérôme Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle* (thèse, Paris), 1978, no 379, p. 349.

obligé de confier sa personne au débiteur sans pouvoir assurer par lui-même sa propre sécurité¹⁴⁹.

En d'autres termes, écrit encore Jourdain, il faut se demander si la victime se trouve dans une «situation originale née de l'exécution du contrat»¹⁵⁰. Il s'agirait, enfin, de s'inspirer de l'obligation de renseignement laquelle, pré-contractuelle ou contractuelle, se trouve d'ores et déjà limitée à l'objet du contrat, notion que l'on peut certes définir plus ou moins libéralement mais qui doit, en tout état de cause, en marquer les limites¹⁵¹. Alors qu'une obligation de renseignement participe naturellement de la vente de biens mobiliers, par exemple, on voit mal que cette même transaction - d'abord relative au transfert de propriété, à la délivrance, au vice caché de la *chose*, etc. - fonde une obligation de sécurité à l'endroit de la *personne*. Carbonnier écrit d'ailleurs que «l'objet de la vente, c'est la chose et le prix, non la personne de l'acheteur»¹⁵². Il y a là, toutefois, un autre débat.

149. Jourdain, *supra*, note 143 à la p. 484.

150. *Ibid.*

151. Voir Pierre Legrand, «Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared», (1986) 6 Oxford J. Leg. Stud. 322 aux pp. 338-39.

152. Carbonnier, *supra*, note 1, no 295, p. 518.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LANDLORD-TENANT, A BREACH OF A RESTRICTIVE COVENANT: DOES AN INTERLOCUTORY INJUNCTION LIE AGAINST A THIRD PARTY IN GOOD FAITH AND WITHOUT KNOWLEDGE?

Auteur(s) : Howard KAMINSKY

Revue : RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 155-170

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13409>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13409>

Page vide laissée intentionnellement.

LANDLORD - TENANT
A BREACH OF A RESTRICTIVE COVENANT:
DOES AN INTERLOCUTORY INJUNCTION LIE
AGAINST A THIRD PARTY IN GOOD FAITH
AND WITHOUT KNOWLEDGE?

by Howard KAMINSKY*

Cet article aborde le problème de la violation de l'exclusivité commerciale consentie par un propriétaire à un locataire et examine la question de savoir si la partie ainsi frustrée peut recourir à l'injonction interlocutoire pour faire cesser cette contravention lorsque le tiers impliqué est de bonne foi.

L'auteur procède tout d'abord à un rappel des règles en matière d'injonction pour ensuite exposer puis commenter la controverse jurisprudentielle existant à l'heure actuelle à ce sujet.

This article attempts to examine the scenario of a breach of a restrictive covenant in a landlord-tenant situation, and deal with the question of whether an interlocutory injunction is the appropriate remedy against a third party in good faith and without knowledge.

In the introduction, the author will give an overview of the concept of injunctive relief in the province of Quebec and then focus on interlocutory injunctions.

In the body of this work, the author will present conflicting jurisprudential opinions to the above mentioned question, and then present a recent decision.

The author concludes by expressing his personal opinion in light of the said recent decision.

*. B. Comm. L.L.B., Attorney, Wiseman, Hamerman, Montreal. The author would like to thank John Wiseman for this invaluable direction, interest and insight.

156	Landlord - Tenant a Breach of a Restrictive Covenant: Does an Interlocutory Injunction Lie Against a Third Party in Good Faith and Without Knowledge?	(1991) 22 R.D.U.S.
-----	---	--------------------

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	157
Interlocutory Injunction: Pre-Conditions and Conditions	158
Interlocutory Injunction and Third Parties	159
THE OPINION THAT FAVOURS THE GRANTING OF INJUNCTIVE RELIEF	160
THE OPINION THAT FAVOURS THE DISMISSAL OF INJUNCTIVE RELIEF	163
Restrictive Interpretation	163
Ineffectiveness	165
IN-DEPTH STUDY	167
CONCLUSION	171

INTRODUCTION

Article 751 of the Civil Code of Procedure of the Province of Quebec (C.C.P.) provides for injunctive relief by way of direct action with or without ancillary conclusions. Article 751 of the said code states:

«An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties».

Quebec law provides for two types of injunctions. One is the prohibitory or restrictive injunction which directs a person to refrain from doing a specific act or thing. The other is a mandatory or positive injunction whereby a person is ordered to perform some act or operation. Since an injunction is an exceptional remedy, the courts are firm in asserting that entitlement to same must be well established by the applicant. There are three possible stages of injunctive procedures.

The first stage is the provisional stage (art. 753 C.C.P.). If a judge sitting in chambers deems the circumstances precipitating the application to be urgent, the injunction will be granted for a period of ten (10) days.

The second stage is the interlocutory stage. It is granted by motion upon proof by the applicant that such procedure is necessary in order to avoid serious or irreparable injury; or in order to prevent a factual or legal situation of such nature as to render the final judgment ineffectual (art. 752 C.C.P.).

The third stage is the permanent stage. Although relieved of proving urgency, an applicant must still, at this stage, discharge the burden of proof, of entitlement and necessity.

Interlocutory Injunction: Pre-Conditions and Conditions

In this article, we will deal with the second stage, namely, interlocutory injunctions. In order that an application for an interlocutory injunction succeed, article 752 C.C.P. requires that two pre-conditions or tests be satisfied.

Firstly, it is incumbent upon the applicant for such interlocutory relief to establish the appearance of entitlement to same. This would be accomplished by demonstrating, *prima facie*, to the satisfaction of the court seized with such proceedings, that a judge sitting in final instance might have a reasonable ground for granting a permanent injunction.

Secondly, once the applicant has discharged the obligation of establishing the appearance of entitlement, the said applicant must then fulfill the next criteria of the interlocutory stage which is to satisfy the aforesaid court that such an exceptional procedure is warranted in order to avoid: (i) serious or irreparable injury or, (ii) a factual or legal situation of such nature as to render the final judgment ineffectual.

Once the petitioner has established a right to interlocutory relief as a result of discharging the first two pre-conditions, the courts will then determine whether that right is clear and apparent. This will be accomplished by assessing whether the representation in support of the petition demonstrates that the right is either clear, non-existent or doubtful.

If the applicant is successful in discharging the burden establishing «clear right» to such remedy, then the court should award the interlocutory injunctive relief that was sought.

If the applicant has failed in its proof so severely, that its entitlement to interlocutory injunctive relief appears to be non-existent, then the application should be rejected.

In the event, however, that the judge hearing the interlocutory injunction is doubtful as to the merit of such application, yet is not convinced that the entitlement is non-existent, the balance of convenience and inconvenience should be examined in arriving at a decision.

All of the aforesaid principals, which reappeared for many years in Quebec jurisprudence, were finally elaborated, confirmed and concisely set out by Mr. Justice Owen in the case of *Société de Développement de la Baie James c. Chef Robert Kanataewat*¹, and have ever since, with rare exception, been recognized by our courts as the established method of assessing and applicant's right to interlocutory injunctive relief.

1. [1975] C.A. 166.

Interlocutory Injunction and Third Parties

This article will deal with the issue of whether an interlocutory injunction may enjoin a third party in good faith without knowledge, who is nevertheless an unwilling participant in a breach by a landlord of a restrictive covenant benefitting the party seeking the injunctive relief.

There is a general consensus in both jurisprudence and doctrine that in cases involving a third party without knowledge in good faith, when a breach is committed, an action in damages initiated by the aggrieved party against the knowledgeable breaching party is certainly appropriate, and can be successful, providing that the action has merits.

The Honourable Mr. Justice Derek Guthrie states, in *Mordzynski v. Devcorp Inc.*, when dealing with Petitioner which is a tenant, Respondent which is a landlord and the «Mis-en-cause» which is a third party in good faith without knowledge:

«Respondent breached its obligations under Clause 12 of the lease (Exhibit R-2) when it accepted the Mise-en-cause's offer to lease dated February 3, 1989 (Exhibit D-3) and when it signed the lease dated March 2, 1989 (Exhibit D-2) containing a clause that stated the leased premises were to be used "...comme commerce de détail de type dépanneur ou de type coffee shop". For this breach the Petitioner has a recourse in damages against Respondent»².

With respect to injunctive relief however, it is not as clear as to whether the entitlement exists against a third party in good faith and without knowledge.

We will now attempt to examine and analyse both positions in light of the most recent jurisprudence, and conclude by formulating the writer's opinion.

THE OPINION THAT FAVOURS THE GRANTING OF INJUNCTIVE RELIEF

The rule of law commonly known as «res inter alios acta» or «privity of contract» is characterized by the fact that the effects of contracts are restricted to the contracting parties. This law is set out in article 1023 of the Civil Code of Lower Canada (C.C.) which states:

2. J.E. 89-1305 at 3 (Que. S.C.).

«Contracts have effect only between the contracting parties: they cannot affect third persons, except in the cases provided in the articles of the fifth section of this chapter». (The "said section" is not relevant to the present article.)»

In a relatively recent interpretation of article 1023 C.C., the Honourable Mr. Justice Jean Moisan, in the case of *Damain Inc. v. Place Laval-Roussin Inc.*³, conveyed, in his ruling, the idea that contracts may have a relative effect upon third parties in good faith and without knowledge of such contract, and Mr. Justice Moisan supported his said interpretation by drawing from the doctrine relating to the principal of «res inter alios acta» or «privity of contract». The primary thrust for this argument stems from the writings of René Savatier⁴, who expounds the theory that contracts in certain instances may have a relative effect on third parties because a party has by contract forfeited its freedom to convey certain rights to third parties. While the judge acknowledges that generally contracts either create or extinguish rights, and that rights have effect only between contracting parties, he nevertheless accepts that there are instances where third parties may be the beneficiary or loser of such rights. Quoting from the work of the said french author René Savatier entitled «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», Judge Moisan states:

«L'auteur examine ensuite deux types de contrats créant des obligations entre les parties et pouvant avoir un effet sur les tiers. Il s'agit tout d'abord des contrats translatifs de droits et ensuite, plus généralement, des contrats qui créent ou qui éteignent des obligations. Des premiers, l'auteur écrit:

Sont également, par définition, opposables aux tiers *les contrats translatifs de droits*. Car les droits qu'ils transfèrent sont nécessairement destinés à s'opposer à des tiers. La cession de créance perdrait tout son sens si elle ne permettait pas au cessionnaire d'agir contre le tiers débiteur. La cession d'un brevet d'invention serait inintelligible si l'acquéreur ne pouvait poursuivre les contrefacteurs; la vente d'un immeuble ne se comprendrait pas si l'acquéreur n'était pas en droit de le revendiquer ou de le défendre contre les tiers»⁵.

3. [1989] 3 R.J.Q. 2846 (Que. S.C.).

4. R. Savatier, «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», (1934) *Revue de droit civil* 525.

5. *Supra*, note 3 at 2851.

Mr. Justice Moisan applied the theory of forfeiture of rights to conclude that an interlocutory injunction can be granted against a third party in good faith with no knowledge, and states:

«Dans ce bail, Place Laval a cédé à Damain un droit d'exclusivité qui fait que, désormais, elle ne peut plus louer un autre local dans son centre d'achats pour des activités de restauration. Jusqu'à ce contrat, elle avait le droit plein, entier et incontestable de louer à n'importe quel autre intéressé un local pour n'importe quelle fin, y compris la restauration. Elle n'a plus ce droit. Elle l'a transporté, abandonné et cédé à Damain. Elle a restreint sa liberté contractuelle d'autant. Elle a fait en sorte que, désormais, Damain est la partie qui peut décider de la présence d'une autre entreprise de restauration dans le centre d'achats. Damain est, par son droit d'exclusivité, propriétaire d'un droit affectant la jouissance de tous les autres locaux du centre.

Il s'agit bien là d'un contrat translatif de droits et, qui de plus est, de droits portant sur la jouissance et l'utilisation de choses»⁶.

And further in the judgment, Mr. Justice Moisan adds:

«Mais Damain a sans aucun doute le droit de recourir à une injonction pour faire cesser par ce tiers la violation d'un droit qui lui appartient»⁷.

Other notable authors upon which Mr. Justice Moisan relies to reinforce his argument are Jean-Louis Baudouin and les frères Mazeaud.

THE OPINION THAT FAVOURS THE DISMISSAL OF INJUNCTIVE RELIEF

The position that favours the dismissal of injunctive relief is the narrower and more popular interpretation of article 1023 C.C.

Restrictive Interpretation

The vast preponderance of authors and jurists have embraced the concept that the petition for interlocutory injunction is an exceptional procee-

6. *Ibid.* at 2852.

7. *Ibid.* at 2853.

ding and as such, the merit of such position must be considered in a most restrictive manner.

A leading example of such unwillingness of jurists to expand the interpretation of article 1023 C.C. is the opinion of the Honourable Mr. Justice Claude Benoit, when he rules in the case of *Restaurant Vichy (Kirkland) Inc. v. Miracle Mile Industrial Park Corp.*:

«Aucune preuve n'a été faite de mauvaise foi de sa part ou de connaissance de la clause d'exclusivité en faveur de la requérante. Comment le Tribunal pourrait-il prononcer une injonction ayant l'effet de lui interdire d'exploiter un "Rib Cage" quand elle a le droit de le faire aux termes de l'offre de location et que le bail intervenu entre la requérante et l'intimée lui est inopposable. Une personne non nommée peut être tenue de respecter une ordonnance d'injonction dont elle a connaissance mais encore n'est-elle tenue que d'obéir à l'ordonnance adressée à l'intimée»⁸.

The said Honourable Justice explains that when there is an absence of proof of bad faith or knowledge on the part of the third party against whom the interlocutory injunction is being sought, he would find it not merely difficult, but rather impossible, to enjoin the said third party from doing what it is lawfully empowered to do.

The Honourable Madam Justice Dionysia Zerbisias, in *Santana Jeans Ltd. v. Adlexco Management Ltd.*, followed and respected the principals examined by Mr. Justice Benoit and placed even less emphasis on knowledge and good and bad faith. The said Madam Justice Zerbisias favoured the opinion that the absence of proof of «lien de droit» either contractual or delictual, between Plaintiff and a third party Defendant, was in itself sufficient ground upon which to dismiss the application for interlocutory injunction. The said Justice states:

«An order of injunction herein cannot lie against the Mise-en-cause since there is no lien de droit, either contractual or delictual, between it and Plaintiff»⁹.

In delving into the principals of article 1023 C.C. it is important to note that the issue of knowledge of third parties as a method of bonding such parties

8. J.E. 78-841 at 7-8 (Que. S.C.).

9. J.E. 84-121 at 12 (Que. S.C.).

to a contract is treated as an «exception» to the rule of privity of contract. In *107577 Canada Ltée v. Wasser*, Plaintiff-Landlord was attempting to force Defendant-Tenant to vacate the leased premises, claiming that the Defendant breached its lease and was trying to sell beer and wine, which was an exclusive right given to another tenant in the shopping centre. The Honourable Mr. Justice Charles Gonthier studied this matter and made issue of the distinction between real and personal rights, as they affect the principle of privity of contracts. Inherent in real rights is registration and consequently knowledge, either actual or deemed, but with respect to personal rights he states:

«Le droit à l'exclusivité invoqué par les demandeurs est créé par leur bail et est rattaché à leur qualité de locataires. Il s'agit donc d'un droit personnel créé par contrat qui ne lie pas les tiers en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, selon lequel ceux-ci n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1023 C.C.) (...) L'absence d'obligation contractuelle n'exclut pas cependant la possibilité d'une responsabilité délictuelle si le manquement à une obligation contractuelle constitue également un délit envers un tiers (...) C'est par application de cette dernière notion que la jurisprudence et la doctrine française ont retenu la responsabilité délictuelle du tiers qui connaissent l'existence d'une obligation contractuelle participe avec une partie au contrat à sa violation»¹⁰.

It is interesting to note that Mr. Justice Gonthier stated that while the basis for application of injunctive relief against a third party necessitates the element of knowledge, he couples that with the notion that the activities of a third party must be tantamount to a delict, and thus introduces the element of «good faith».

This notion was further dealt with by the Supreme Court of Canada when it enjoined a third party to a contract to respect certain conditions of that contract, but was quite clear and definite in establishing that such third parties did have a «lien de droit» due to the fact that they had committed a delict, and that such commission was made possible because such third parties did have knowledge of the contract. In this case, *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*, the Supreme Court ruled that the third party not only knew of the restrictive covenant and participated in its breach, but was in fact instrumental in inducing a party to the contract to breach such contract. In the said case Mr. Justice Martland states:

10. (29 March 1985) Montreal 500-05-007768-839 (Que. S.C.).

«Appellant, by inducing party to a breach of the contract between respondent and each of its agents, committed a delict for which he is liable, because it is an act of dishonesty to be associated knowingly with a breach of contract»¹¹.

Ineffectiveness

The courts have also treated the very particular problem of ineffectiveness of such an exceptional proceeding against a third party. If the courts choose to grant an interlocutory injunction, parties will be placed in situations that require that they do, or cease to do things which extend beyond their legal powers. Such situations place these parties immediately in «contempt of court» with no possible remedy, obviously an unsatisfactory and counter productive solution. In discussing these situations, Mr. Justice Benoit in *Restaurant Vichy (Kirkland) Inc. v. Miracle Mile Industrial Park Corp.* states:

«Quant aux conclusions recherchées contre l'intimé locateur, la Cour pourrait-elle les accorder, à supposer que les conditions attachées au recours de l'injonction soient remplies? Oui, si l'intimé peut légalement faire ce que la Cour lui ordonnerait de faire. Mais, dans la présente affaire, le locateur a loué un local et en a livré possession au nouveau locataire. Que peut faire le locateur pour empêcher le nouveau locataire d'occuper les lieux et d'y exploiter un «Rib Cage»? Il est impensable de lui permettre de recourir à la force physique. Si le nouveau locataire a droit de continuer l'exploitation du local loué et si le locateur ne peut légalement faire cesser l'exploitation, prononcer en pareilles circonstances une ordonnance d'injonction contre le locateur équivaudrait à prononcer une ordonnance à laquelle serait attachée une condamnation certaine pour outrage au Tribunal, puisque l'on saurait d'avance que l'intimé n'est pas en mesure de se conformer à l'ordonnance. Et le but premier recherché par la requérante ne serait pas atteint, savoir la fermeture du local: la requête en injonction n'est donc pas appropriée»¹².

Madam Justice Zerbisias also dealt with the issue of ineffectiveness of interlocutory proceedings, which would leave a party condemned for contempt of court, and unable to reverse such situation:

«Moreover, to so issue an injunction herein against the Defendants under these circumstances would, if unopposable to the Mise-en-

11. [1975] 2 S.C.R. 236 at 237.

12. *Supra*, note 8 at 8-9.

cause, effectively result in the eventual condemnation of the Defendants to a judgment of contempt against them.

Moreover, in the present case, to issue an injunction at the interlocutory stage, and to permit the Plaintiff to take possession of the premises presently occupied by the Mise-en-cause, under an allegedly valid lease, would create a state of facts which could not be undone by the final judgment. Therefore an injunction will not lie at the present stage for all conclusions sought by Plaintiff¹³.

IN-DEPTH STUDY

In *Mercerie Bougrine Inc. v. Les Galeries des Monts Inc. and Vêtements Le Vieux Canot Inc.*¹⁴, the Honourable Madam Justice Marie Deschamps was presented with both arguments in deciding whether, at the interlocutory stage, to enjoin a third party in good faith and without knowledge of a contentious restrictive covenant. The said judge did not share the opinion of Mr. Justice Moisan and concluded that the interlocutory judgment should not prevail. Commenting on the judgment *Damain v. Place Laval-Roussin*¹⁵, Madam Justice Deschamps states:

«Dans cette affaire l'Honorable Jean Moisan a procédé à une étude approfondie de la jurisprudence qui prévaut, mais l'a écartée en invoquant une distinction entre l'effet des contrats et leur possible opposabilité aux tiers. Avec déférence, la soussignée ne croit pas que cette distinction justifie de s'écarter de la règle énoncée à l'article 1023 C.C.»¹⁶.

In arriving at this conclusion, Madam Justice Deschamps analyzed some of the doctrine upon which Mr. Justice Moisan relied in support of his decisions.

When commenting on the following extract from professor Jean-Louis Baudouin which Mr. Justice Moisan quotes to wit:

«382-*Opposabilité des contrats* - Dans l'appréciation de la portée de l'effet relatif des contrats, il ne faut pas confondre deux notions voisines et parfois difficiles à bien distinguer: l'effet de l'obligation et son opposabilité. Si l'obligation contractuelle est sans effet vis-à-vis

13. *Supra*, note 9 at 13-14.

14. (14 November 1990) Montreal 500-05-011970-900 (Que. S.C.). Defendants were represented by the author.

15. *Supra*, note 3.

16. *Ibid.* at 6.

des tiers, en ce sens qu'ils ne peuvent en devenir créancier ou débiteur, il n'en reste pas moins qu'elle leur est opposable. Le fait qu'un tiers ne soit pas partie à un contrat ne lui donne pas le droit d'ignorer celui-ci. Ce contrat lui est en effet opposable comme tout fait juridique. Ainsi, l'employeur qui, en connaissance de cause, engage un individu qu'il sait lié à son concurrent, commet une faute délictuelle et peut être poursuivi en dommages. Le principe de l'effet relatif des contrats doit donc être réduit à sa vraie dimension qui est la suivante: le tiers n'a aucun droit de créance, ni aucune responsabilité obligationnelle en raison d'une convention à laquelle il n'est pas partie. Il demeure toutefois tenu de respecter celle-ci»¹⁷.

Madam Justice Deschamps states:

«Le professeur Baudouin n'émet donc pas un nouveau principe, mais ne fait que reprendre ceux qui ont été appliqués par le Juge Benoit ainsi que par le Juge Gonthier.

D'ailleurs le professeur Baudouin s'appuyait pour émettre son opinion sur l'affaire *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*, affaire, comme on l'a vu plus haut, dans laquelle la Cour Suprême s'est fondée sur la connaissance par le défendeur des droits de la demanderesse»¹⁸.

When we read the foregoing quote, it is apparent that the element of knowledge is essential to the conclusion that a fault was committed. It seems clear that if one has an obligation to respect legal circumstances, one must first have knowledge of such circumstances. The same conclusion was drawn by Madam Justice Deschamps in *Mercerie Bougrine Inc. v. Les Galeries des Monts Inc. and Vêtements Le Vieux Canot Inc.*¹⁹, when she states in fact that professor Baudouin did not stray from the established law and doctrine but in fact maintained the principal that; prior knowledge of a breach of contract on the part of the party against whom injunctive relief is sought is essential to the granting of the injunction against such party. Madam Justice Deschamps acknowledges that professor Baudouin based his conclusion on a judgment (previously cited in this article) from the Supreme Court of Canada entitled *Trudel v. Clairol Inc. of Canada*²⁰.

17. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1989, no. 382.

18. *Supra*, note 14 at 7.

19. *Supra*, note 14.

20. *Supra*, note 11.

Madam Justice Deschamps also comments on an extract of a passage from les frères Mazeaud cited by Mr. Justice Moisan. In direct dissension with Mr. Justice Moisan, Madam Justice Deschamps uses this quote to support *her* ruling that a contractual obligation between certain parties cannot be invoked to enjoin a third party in good faith without knowledge of such contractual obligation:

«L'affaire Damain prend également appui sur un passage des frères Mazeaud. Il est intéressant de noter que la section portant sur le principe que l'affaire Damain voudrait faire reconnaître est la suivante:

761. Les tiers n'ont pas le droit de méconnaître l'existence des obligations. - L'obligation est un fait que les tiers n'ont pas le droit de méconnaître.

Une abondante jurisprudence, notamment en matière de contrat de travail, affirme la responsabilité d'un tiers qui, sciemment, se rend complice de la violation d'un contrat, et le condamne in solidum avec le débiteur»²¹. (Les soulignés sont de la soussignée).

It is clear from the way Madam Justice Deschamps underlines the word «sciemment» that this is the operative word in her quote. It demonstrates that bad faith is the essential element required when granting an interlocutory injunction against a third party, and consequently when that third party is in good faith, the interlocutory injunction should not be granted.

When we focus upon the case law and doctrine quoted by Mr. Justice Moisan, it becomes apparent that Mr. Justice Moisan has misinterpreted the opinions expounded by the Justices and authorities that he quotes. In fact they all expressed the opposite opinion to the one expounded by Mr. Justice Moisan. Madam Justice Deschamps clearly took this position when, in assessing the judgment of Judge Moisan, she said:

«On peut donc constater que ni les frères Mazeaud, ni le professeur Baudouin, ni la Cour Suprême ne reconnaissent qu'une obligation peut être opposable à un tiers si celui-ci n'a même pas connaissance de cette obligation»²².

21. *Supra*, note 14 at 8.

22. *Ibid.*

Commenting on Mr. Justice Moisan's theory (previously discussed), that by contract the holder has forfeited his freedom to exercise a right, all the examples cited from Mr. Justice Moisan that were extracted from the work of René Savatier²³ entailed the use of the registration system used in the Province of Quebec, or the federal laws on intellectual property. It is important that such systems and laws have the effect of attributing «knowledge» whether apparent or deemed. Madam Justice Deschamps, commenting on the various theories of assignment of rights, draws comparisons between deemed or real knowledge, and lack of same:

«Si on se réfère à la citation du Juge Gonthier dans l'affaire *107577 Canada Ltée v. Wasser*, on se rappellera que le droit à l'exclusivité est un droit personnel, comme d'ailleurs tout droit découlant d'un bail. Il ne s'agit pas d'un droit réel qui pourrait "être opposé" au tiers par simple cession. Le Code Civil prévoit spécifiquement un cas de cession de droit personnel: la cession de créance. Le Code dicte comment la cession peut être rendue opposable au tiers. Pour que le tiers soit affecté par cette cession, il faut la publiciser par la signification et la délivrance. On ne peut pallier à la cession et délivrance que par l'acceptation.

En conséquence, même si on appliquait les règles de la cession de droit personnel la nécessité de la publicité demeurerait présente»²⁴.

CONCLUSION

In determining whether an interlocutory injunction lies against a third party to whom a landlord has leased premises in violation of a restrictive covenant in force between the common landlord and another tenant, the conduct of the third party should be assessed. If the third party is revealed to have been in bad faith with knowledge of the restrictive covenant which was breached, an injunction should be granted against such third party. To the contrary, as concluded by Madam Justice Deschamps, if the said third party is in good faith without knowledge, no injunction lies. It is also the opinion of Madam Justice Deschamps that Quebec jurisprudence has evolved to the point where mere knowledge on the part of a third party of a restrictive covenant binding a landlord would give rise to delictual liability, *if* the third party were involved with the landlord in breaching such restrictive covenant and therefore, such third party may be enjoined:

23. *Supra*, note 4.

24. *Supra*, note 14 at 9-10.

«L'application des règles de la responsabilité délictuelle rend le fardeau des parties moins lourd, mais exige quand même la connaissance par le tiers des droits des parties. Il serait impensable de pouvoir opposer à un tiers non partie à un contrat, des droits dont il ignore tout. L'évolution jurisprudentielle est telle maintenant que la simple connaissance suffit par opposition à une participation à un contrat, mais cette évolution jurisprudentielle ne permet pas une contravention claire à la règle de la relativité des contrats»²⁵.

This writer is in agreement with the opinion of Madam Justice Deschamps when she incorporates the words of the frères Mazeaud (notably the word «sciemment») and concludes that bad faith is the essential element required when granting an interlocutory injunction against a third party and consequently when that third party is in good faith, the interlocutory injunction should not be granted. Mere knowledge is not sufficient to conclude that delict has been committed. In order to conclude that a delict has been committed by a third party, one must, in addition to establishing knowledge, evaluate the good and/or bad faith of the said third party. By way of example we may turn to *Mercerie Bougrine Inc. v. Les Galeries des Monts Inc. and Vêtements Le Vieux Canot Inc.*²⁶. In this case, the third party (Vêtements Le Vieux Canot Inc.) in good faith without knowledge leased premises from the landlord of a shopping centre, namely Les Galeries des Monts Inc., to operate a retail outlet identified as a «Ralph Lauren style country store». This style of retail operation is a relatively new concept to Quebec; it may be described as a «general country store», having a wide range of products dominated by clothing, but including everything from leather luggage to pot pourri, giftware and bath items. Mercerie Bougrine Inc. had been granted, by said landlord, by way of restrictive covenant, an exclusivity to operate a mens haberdashery or «mercerie pour hommes» in the said shopping centre. In this case, both the landlord and the third party were in good faith because in their judgment, the Ralph Lauren style country store did not violate Mercerie Bougrine Inc.'s restrictive covenant. Madam Justice Deschamps appropriately did not rule as to whether the lease between the landlord and a third party, tenant, violated the restrictive covenant at issue, because the third party was without knowledge of such restrictive covenant. Even if there was knowledge on the part of the third party, but if the third party was credible and satisfied the court that it believed it was not violating the exclusivity granted to Mercerie Bougrine Inc., notwithstanding allegations to the contrary, by the applicant for interlocutory injunction, the application for the interlocutory injunction should not be granted. What would have happened in

25. *Ibid.* at 10.

26. *Supra*, note 14.

Landlord - Tenant
a Breach of a Restrictive Covenant:
Does an Interlocutory Injunction Lie
Against a Third Party in Good Faith
and Without Knowledge?

(1991) 22 R.D.U.S.

the event that it was proven that the third party had knowledge of the restrictive covenant between the landlord and Mercerie Bougrine Inc.? If we were to adhere to the opinion of Madam Justice Deschamps, an interlocutory injunction would lie only in the event that the conduct of the third party was established to be tantamount to a delict.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : OPHTALMOLOGISTES, OPTOMÉTRISTES ET OPTICIENS
D'ORDONNANCES : CHAMPS D'EXERCICE ET CONFLITS
INTERPROFESSIONNELS

Auteur(s) : Julie-Suzanne DOYON

Revue : RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 175-209

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13410>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13410>

Page vide laissée intentionnellement.

OPHTALMOLOGISTES, OPTOMÉTRISTES ET OPTICIENS D'ORDONNANCES: CHAMPS D'EXERCICE ET CONFLITS INTERPROFESSIONNELS

par Julie-Suzanne DOYON*

Cet article examine les champs d'exercice exclusifs des médecins (ophtalmologistes), des optométristes et des opticiens d'ordonnances. L'auteur constate l'existence de plusieurs conflits interprofessionnels générés tant par la concomitance de ces champs d'activités que par l'attitude des corporations professionnelles les unes envers les autres. La nécessité de protéger la clientèle et la liberté d'exercer une profession sont invoquées par les ordres professionnels pour justifier certains actes posés par leurs membres. Quelques propositions sont formulées par l'auteur pour en arriver à une solution à ces différends.

This article deals with the specific fields of activities of physicians (ophthalmologists), optometrists and opticians. The author identifies many conflicts between these professionals resulting from the overlapping of their fields of activities and from the corporations negative interrelationships. To justify some of the actions of their members, the professional corporations refer to the need to protect the interests of their patients and to the liberty to exercise a profession. The author suggests a number of solutions to those problems.

*

LL.B. (Université de Sherbrooke). L'auteur complète présentement sa formation professionnelle au Barreau du Québec.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	177
I. ANALYSE DES LOIS PROFESSIONNELLES	177
a) Généralités	177
i) Les professions d'exercice exclusif	177
ii) Les exceptions à l'exclusivité	179
iii) Les règles d'interprétation applicables aux lois professionnelles	182
b) Analyse législative des champs d'exercice	184
i) Les ophtalmologistes	184
ii) Les optométristes	184
iii) Les opticiens d'ordonnances	185
c) Les sanctions pénales à l'exercice illégal d'une profes- sion	186
II. LES CONFLITS ENTRE PROFESSIONNELS	188
a) Ophtalmologistes et optométristes	188
i) Position de l'Ordre des médecins	189
ii) Position de l'Ordre des optométristes	198
iii) Appréciation critique	202
b) Optométristes et opticiens d'ordonnances	205
i) Les facteurs historiques	206
ii) La jurisprudence	210
iii) Appréciation critique	214
CONCLUSION	216

INTRODUCTION

Il existe au Québec un grand nombre de professionnels oeuvrant dans le secteur de la santé. Plusieurs de ceux-ci se regroupent en corporations professionnelles, lesquelles sont constituées conformément au *Code des professions* pour assurer la protection du public¹.

Le domaine de la santé est très vaste. L'interrelation entre les diverses professions est inévitable; elle l'est d'autant plus quand certains professionnels concentrent leurs activités sur un même organe du corps humain. Ainsi, les ophtalmologistes, optométristes et opticiens d'ordonnances, dans leur champ d'activités respectif, entrent souvent en interaction. Se posent alors des problèmes d'exclusivité des champs de pratique; des problèmes d'exercice illégal de la profession.

Pour tenter de délimiter les champs d'exercice de ces trois professions, nous procéderons, dans un premier temps, à une analyse des lois professionnelles applicables. Cette délimitation sera, dans un deuxième temps, effectuée par le biais d'une étude des situations conflictuelles entre, d'une part, ophtalmologistes et optométristes et, d'autre part, entre optométristes et opticiens d'ordonnances. Ce cheminement se terminera par une appréciation critique - que nous voulons constructive - des positions exprimées par les diverses professions intervenantes.

I. ANALYSE DES LOIS PROFESSIONNELLES

a) Généralités

i) Les professions d'exercice exclusif

Ces professionnels se regroupent respectivement en trois corporations: la Corporation professionnelle des médecins du Québec, la Corporation professionnelle des optométristes du Québec et la Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances du Québec. En vertu de l'article 31 du *Code des professions*, ces trois professions sont d'exercice exclusif. Cette exclusivité se rattache à leur champ d'activités. En plus, les membres de ces corporations bénéficient d'un monopole du titre de leur profession².

1. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 23.

2. *Code des professions*, art. 32. Les membres d'une corporation à titre réservé ne bénéficient pour leur part que d'un monopole au niveau du titre: art. 35 et suiv. Pour une étude intéressante des professions d'exercice exclusif et à titre réservé, consulter R. GAUDREAU, «L'exercice illégal des professions et l'usurpation de titres réservés», (1983) 14 *R.G.D.* 45.

Le droit exclusif de pratiquer une profession ne peut être conféré aux membres d'une corporation que par une loi³. La *Loi médicale* à l'article 43, la *Loi sur l'optométrie* à l'article 25 et la *Loi sur les opticiens d'ordonnances* à l'article 15, viennent consacrer l'exclusivité des trois champs de pratique⁴. Ce droit exclusif d'exercer n'est attribué que si la protection du public requiert que seules des personnes ayant la formation et la qualification requises puissent poser les actes édictés exclusifs⁵. Cette exclusivité n'est bien sûr pas absolue. Elle est sujette aux «droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels»⁶.

ii) Les exceptions à l'exclusivité

La section VII de la *Loi médicale* et la section V de la *Loi sur l'optométrie* et de la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*⁷ édictent le principe de l'exclusivité des champs d'exercice des trois professions. On y prévoit aussi plusieurs dispositions permettant à diverses personnes d'outrepasser tout à fait légalement la frontière d'activités exclusives d'une profession. Par exemple, pour le cas des optométristes, l'article 25 ne s'applique pas aux actes posés par un étudiant qui effectue un stage de formation professionnelle. Cet article n'empêche pas, de plus, une personne d'exercer l'orthoptique⁸ sous la

3. *Code des professions*, art. 26.

4. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9; *Loi sur l'optométrie*, L.R.Q., c. O-7; *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, L.R.Q., c. O-6. Il faut remarquer ici la grande similitude de ces trois lois professionnelles. Elles ont été toutes trois remaniées et adoptées lors de la réforme du droit professionnel dans le début des années 1970. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} février 1974. Voir R. DUSSAULT et L. BORGEAT, «La réforme des professions au Québec», (1974) 34 *R. du B.* 140.

5. *Code des professions*, art. 26.

6. *Code des professions*, art. 32 *in fine*; *Loi médicale*, art. 43; *Loi sur l'optométrie*, art. 25.; *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 15. Pour une analyse de la clause «Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels», consulter P. de NIVERVILLE, «L'exclusivité professionnelle: mythe ou réalité?», (1987) 47 *R. du B.* 555, 560-567. L'auteur examine les décisions suivantes: *Ordre des comptables agréés du Québec c. Goulet*, C.A. Québec, n° 200-10-000023-781, 19 novembre 1979 et (1981) 1 R.C.S. 295; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Larivière*, [1984] C.A. 365; *Ordre des techniciens en radiologie du Québec c. Doyle*, C.A. Québec, n° 200-10-000045-794, 3 mai 1983; *Kemp c. Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec*, C.A. Montréal, n° 500-09-000051-837, 11 septembre 1985; *Grenon c. Ordre des optométristes du Québec*, [1986] R.J.Q. 1016 (C.A.).

7. *Loi médicale*, art. 43 et suiv.; *Loi sur l'optométrie*, art. 25 et suiv.; *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 15 et suiv.

8. L'orthoptique peut se définir comme la «branche de l'ophtalmologie qui traite les défauts de la vue par la gymnastique oculaire» (Larousse). Au 1^{er} juillet 1974, on retrouvait 48 orthoptistes au Québec, dont environ 35 oeuvraient au sein des départements d'ophtalmologie. Ces orthoptistes ont pu bénéficier de la «clause grand-père» (art. 25 al. 3 de la *Loi sur l'optométrie*). Ceux qui ont commencé à travailler comme orthoptistes ultérieurement, bien que n'ayant été les sujets d'aucune poursuite, n'ont vu leur pratique

surveillance d'un médecin ou d'un optométriste si elle était membre en règle de l'Association des orthoptistes du Québec le 1^{er} juillet 1974. D'autres exceptions sont aussi énumérées aux paragraphes a) à c)⁹. La *Loi médicale*¹⁰ et la *Loi sur les*

légalisée qu'en 1987. Voir *infra*, note 19.

9. *Loi sur l'optométrie*, art. 25:

(...)

«Rien au présent article n'empêche de vendre, fournir, ajuster ou remplacer des lentilles ophtalmiques:

a) un détaillant qui, avant le 1^{er} décembre 1971, exploitait un rayon d'optique dont l'administration était confiée à un optométriste, tant que ce détaillant continue l'exploitation de ce rayon d'optique en en confiant l'administration soit à un optométriste soit à un opticien d'ordonnances agissant sur ordonnance d'un médecin ou d'un optométriste;

b) une personne qui, avant le 1^{er} décembre 1971, posait ces actes dans une municipalité où il n'y avait pas d'optométriste ou d'opticien d'ordonnances ni dans un rayon de 40 km de ses limites, tant qu'il n'y a pas d'optométriste ou d'opticien d'ordonnances dans cette municipalité ni dans un rayon de 40 km de ses limites;

c) une personne physique qui, avant le 1^{er} avril 1961, s'occupait de l'ajustement de verres de contact et qui effectue l'ajustement de tels verres sous la surveillance d'un médecin ou d'un optométriste».

10. *Loi médicale*, art. 43:

«Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels, nul ne peut poser l'un des actes décrits à l'article 31, s'il n'est pas médecin.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux actes posés:

a) par les étudiants en médecine et les personnes qui sont immatriculés et qui effectuent un stage de formation professionnelle conformément à la présente loi et aux règlements du Bureau;

b) par les personnes qui, en raison de leurs fonctions ou de leur formation, prêtent, à titre gratuit et dans des circonstances spéciales, leur assistance aux malades;

c) par les sages-femmes exerçant l'obstétrique conformément aux règlements adoptés en vertu du paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 19;

d) par les personnes agissant conformément aux règlements édictés en vertu du paragraphe *b* du premier alinéa de l'article 19 ou en vertu de l'article 22;

e) par les personnes exerçant l'acupuncture conformément aux règlements édictés en vertu des articles 20 ou 22 f)».

*opticiens d'ordonnances*¹¹ édictent des situations similaires pour lesquelles l'exclusivité d'exercice est inapplicable.

Les professions de médecins, d'optométristes et d'opticiens d'ordonnances entrent souvent en interaction. Une personne accusée d'exercice illégal de la profession pourra, le cas échéant, soulever comme moyen de défense la concomitance d'une partie de ses activités professionnelles avec celles de la profession dont elle est accusée de violer le champ d'exercice¹². Un acte professionnel peut en effet faire partie de plusieurs champs exclusifs d'activités. C'est là une autre exception à l'exclusivité. Certes, il n'y a pas que la loi qui accorde des droits et privilèges. Les règlements adoptés en vertu de celle-ci peuvent également permettre à une personne de poser des gestes professionnels pourtant à l'origine réservés par la loi aux membres d'une corporation. Citons à titre indicatif les règlements déléguant, sous certaines conditions, divers actes professionnels¹³. Ces règlements constituent un véritable mécanisme d'adaptation: ils permettent de concilier protection du public et évolution des professions. Le Bureau de l'Ordre des médecins a légiféré en ce sens¹⁴.

Les nombreuses exceptions au champ exclusif d'une profession ont amené certains juristes à s'interroger sur les personnes à qui peuvent profiter ces dispositions. Ainsi, la clause «Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels» peut-elle bénéficier à toute

11. *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 15:

«Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels, nul ne peut poser l'un des actes décrits à l'article 8, s'il n'est pas opticien d'ordonnances. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux actes posés:

a) par un détaillant qui, avant le 1^{er} décembre 1971, exploitait un rayon d'optique dont l'administration était confiée à un optométriste, tant que ce détaillant continue l'exploitation de ce rayon d'optique en en confiant l'administration soit à un optométriste soit à un opticien d'ordonnances agissant sur ordonnances d'un médecin ou d'un optométriste;

b) par une personne physique qui, avant le 1^{er} décembre 1971, posait ces actes dans une municipalité où il n'y avait pas d'optométriste ou d'opticien d'ordonnances ni dans un rayon de 40 km de ses limites, tant qu'il n'y aura pas d'optométriste ou d'opticien d'ordonnances dans cette municipalité ni dans un rayon de 40 km de ses limites;

c) par une personne physique qui, avant le 1^{er} avril 1961, s'occupait de l'ajustement des verres de contact et qui effectue l'ajustement de tels verres sous la surveillance d'un médecin ou d'un optométriste;

d) par un étudiant qui effectue un stage de formation professionnelle en vue d'obtenir un permis conformément à la présente loi et aux règlements du Bureau».

12. P. de NIVERVILLE, *loc. cit.*, note 6, 560-561.

13. *Loi médicale*, art. 19 b); *Loi sur l'optométrie*, art. 10 a); *Code des professions*, art. 12 o) et p).

14. *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r.1 et les modifications suivantes: R.R.Q., 1981, suppl., 871; (1983) 115 G.O. II, 4207; (1984) 116 G.O. II, 1867; (1987) 119 G.O. II, 799; (1987) 119 G.O. II, 6494.

personne ou en limite-t-on l'application à une personne membre d'une corporation (article 1 c) du *Code des professions*)? Certains auteurs ont exprimé l'avis que cette clause ne s'appliquait qu'aux professionnels¹⁵. La Cour d'appel, par la voix du juge Beauregard, a opté pour une interprétation moins littérale. L'expression «Sous réserve des droits et privilèges» a été appliquée à un psychologue qui n'était membre en règle d'aucune corporation¹⁶.

Pour répondre à cette délicate question, il faut appliquer les règles d'interprétation attachées aux lois professionnelles¹⁷. Ces lois prévoient des monopoles d'exercice qui vont à l'encontre de la liberté d'exercer une profession; tout ce qui n'est pas clairement prohibé peut être fait impunément par tous ceux qui ne font pas partie de cette corporation. S'il y a ambiguïté dans le texte de la loi, elle doit profiter à la personne accusée d'exercice illégal de la profession. Nous sommes d'avis qu'une certaine équivoque existe dans les trois lois professionnelles. Si la clause «Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres *professionnels*» semble à première vue ne s'appliquer qu'aux professionnels, il en est différemment des règlements qui permettent la délégation d'actes professionnels à des «classes de *personnes* autres que ...». Ces actes délégués peuvent être effectués par la personne qui respecte les conditions prescrites par le règlement. Le statut de professionnel n'est pas forcément exigé. Le cas des orthoptistes¹⁸ constitue un exemple de choix: ils ne sont membres d'aucune corporation professionnelle pourtant, en vertu de la délégation réglementaire du Bureau de l'Ordre des médecins¹⁹, ils jouissent de certains «droits et privilèges» et peuvent ainsi usurper légalement une partie du champ de pratique de la médecine. Une interprétation large des exceptions à l'exclusivité n'est pas sans danger. Elle permet néanmoins d'expliquer les incohérences contenues dans les législations professionnelles. Une telle approche est aussi plus respectueuse des principes d'interprétation des lois professionnelles que nous nous proposons maintenant d'examiner.

15. R. LESAGE, «Les frontières de l'exclusivité», (1979) 39 *R. du B.* 1083, 1086; P. de NIVERVILLE, *loc. cit.*, note 6, 565.

16. *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Larivière*, [1984] C.A. 365, 368 (j. Beauregard). La Cour ne donne toutefois pas les motifs d'une telle interprétation.

17. Voir *infra*: iii) Les règles d'interprétation applicables aux lois professionnelles.

18. Voir *infra*, note 64 et la définition d'orthoptiste.

19. *Règlement modifiant le Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins*, (1987) 119 *G.O.* II, 6494.

iii) Les règles d'interprétation applicables aux lois professionnelles

Les règles d'interprétation attachées aux lois professionnelles ont été précisées dès 1954 par la Cour suprême du Canada:

«Les statuts créant ces monopoles professionnels sanctionnés par la loi, dont l'accès est contrôlé, et qui protègent leurs membres agréés qui remplissent des conditions déterminées, contre toute concurrence, doivent cependant être strictement appliqués. [...] Cette loi est [...] d'ordre public»²⁰.

Même si ces monopoles semblent vouloir protéger principalement les membres agréés, leur but premier se rattache à l'objectif principal des corporations professionnelles, soit la protection du public²¹. Avec la réforme du droit professionnel (postérieure à ce jugement), «...la corporation professionnelle ne peut plus dorénavant jouer le double rôle de protection du public et de sauvegarde des intérêts économiques et sociaux de ses membres»²². La protection de ceux-ci est laissée aux diverses associations professionnelles. Par ailleurs, lorsqu'il y a ambiguïté dans l'interprétation d'une loi ou d'un règlement, l'incertitude législative doit bénéficier à la personne qu'on accuse d'exercice illégal de la profession. C'est là un principe maintes fois repris par la jurisprudence²³.

Les lois professionnelles telles la *Loi médicale*, la *Loi sur l'optométrie* et la *Loi sur les opticiens d'ordonnances* ont donc un double caractère: elles sont d'ordre public et, en raison des monopoles d'exercice qu'elles édictent qui vont à l'encontre de la concurrence, elles s'interprètent strictement.

20. *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, 18-19 (j. Taschereau).

21. *Code des professions*, art. 23.

22. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *loc. cit.*, note 4, 144. Voir également: *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Desaulniers*, J.E. 90-671 (C.Q.), aux pages 8-9 (j. Langlois).

23. Voir notamment: *Ordre des techniciens en radiologie du Québec c. Doyle*, C.A. Québec, n° 200-10-000045-794, 3 mai 1983; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Larivière*, [1984] C.A. 365; *Kemp c. Ordre des opticiens d'ordonnances du Québec*, C.A. Montréal, n° 500-09-000051-837, 11 septembre 1985.

b) Analyse législative des champs d'exercice

Même si de nombreuses considérations sont communes aux trois professions, l'étude du champ d'activités propre à chacune nous démontre plusieurs différences importantes.

i) Les ophtalmologistes

L'ophtalmologiste est un médecin spécialiste de l'oeil. L'exercice de sa profession comprend notamment la consultation médicale, la prescription de traitements, l'établissement et le contrôle d'un diagnostic. Ce professionnel peut traiter les maladies oculaires (et les autres maladies) au moyen de médicaments appropriés ou de chirurgies. Ces actes sont exclusifs à la profession médicale²⁴. L'ophtalmologiste peut également donner des conseils permettant de prévenir les maladies oculaires (ou autres) et il peut promouvoir les moyens favorisant une bonne santé²⁵. L'article 39 de la *Loi médicale* l'autorise également à vendre des verres de contact.

ii) Les optométristes

L'optométriste est un professionnel de la vision. Il peut poser tous les actes (autres que l'usage de médicaments) se rapportant à la fonction visuelle; il peut examiner les yeux de ses patients, analyser les fonctions de l'oeil, évaluer les problèmes visuels et faire de la rééducation visuelle (orthoptique). Il peut également prescrire, poser, ajuster, remplacer et vendre des lentilles ophtalmiques²⁶. Tout comme l'ophtalmologiste, l'optométriste peut donner des conseils, mais ceux-ci doivent se limiter au domaine de la vision²⁷. De même, il peut promouvoir les moyens favorisant une bonne vision; il peut faire de la

24. *Loi médicale*, art. 31 et 43. Nous reproduisons ici, en raison de son importance, le texte de l'article 31: «Constitue l'exercice de la médecine tout acte qui a pour objet de diagnostiquer ou de traiter toute déficience de la santé d'un être humain.

L'exercice de la médecine comprend, notamment, la consultation médicale, la prescription de médicaments ou de traitements, la radiothérapie, la pratique des accouchements, l'établissement et le contrôle d'un diagnostic, le traitement de maladies ou d'affections.»

25. *Id.*, art. 32. Voir aussi: *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r.4, art. 2.02.03.

26. *Loi sur l'optométrie*, art. 16: «Constitue l'exercice de l'optométrie tout acte autre que l'usage de médicaments qui a pour objet la vision et qui se rapporte à l'examen des yeux, l'analyse de leur fonction et l'évaluation des problèmes visuels, ainsi que l'orthoptique, la prescription, la pose, l'ajustement, la vente et le remplacement de lentilles ophtalmiques».

27. *Id.*, art. 17; *Code de déontologie des optométristes*, (1991) 123 G.O. II, 2428, art. 13.

prévention dans le domaine visuel²⁸. L'optométriste n'est pas habilité à diagnostiquer ou à traiter les pathologies oculaires. La loi lui interdit tout usage de médicaments.

iii) Les opticiens d'ordonnances

L'opticien d'ordonnances est le professionnel qui fournit à la population des orthèses visuelles. Dans l'exercice de sa profession, il exécute tout acte concernant la pose, l'ajustement, le remplacement et la vente de lentilles ophtalmiques²⁹. Toutefois, l'opticien d'ordonnances ne peut poser les actes décrits à l'article 8 de la *Loi sur les opticiens d'ordonnances* que sur ordonnance d'un médecin ou d'un optométriste³⁰. Il peut également remplacer une lentille ophtalmique brisée ou faire un double d'une lentille sur présentation de celle-ci si, au départ, elle a été dûment obtenue au moyen d'une ordonnance³¹.

Avant de procéder à une tentative de délimitation des champs d'exercice des trois professions impliquées par le biais d'une étude des situations conflictuelles les opposant, nous jugeons utile d'examiner quelque peu les sanctions pénales prévues par le *Code des professions* et les lois professionnelles en cas d'exercice illégal de la profession.

c) Les sanctions pénales à l'exercice illégal d'une profession

Les ophtalmologistes, optométristes et opticiens d'ordonnances ont, de par la loi, un champ d'exercice respectif exclusif. Dans la pratique quotidienne de sa profession, une personne pourra outrepasser cette exclusivité. Elle s'expose alors à différents recours prévus au *Code des professions* et dans les lois professionnelles applicables en l'espèce. La prohibition générale de l'exercice illégal d'une profession se retrouve à l'article 32 du *Code des professions*:

28. *Loi sur l'optométrie*, art. 17. Bien sûr, tout l'aspect préventif que peut jouer un professionnel ne constitue pas pour celui-ci un acte exclusif faisant partie d'un monopole d'exercice. La capacité d'un professionnel de donner des conseils est cependant circonscrite par les limites du champ de pratique de sa profession.

29. *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 8. Mentionnons que l'expression «lentilles ophtalmiques» est définie de la même façon dans la *Loi sur l'optométrie*, art. 1 h) et dans la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 1 f), soit «toute lentille sphérique, cylindrique ou prismatique aidant la vision».

30. C'est ce que prévoit l'article 9 de la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*. Voir également: ORDRE DES OPTICIENS D'ORDONNANCES DU QUÉBEC, *Monographie*, 1990, p. 1: «Le point de départ du travail de l'o.o.d. est l'ordonnance de lentilles ophtalmiques obtenue par un client qui a été au préalable examiné (examen de la vue) par un médecin ophtalmologiste ou un optométriste».

31. *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 9.

«32. Nul ne peut de quelque façon prétendre être avocat, notaire, médecin, dentiste, pharmacien, *optométriste*, [...] *opticien d'ordonnances*, [...] ni utiliser un titre pouvant laisser croire qu'il l'est, *ni exercer une activité professionnelle réservée aux membres d'une corporation professionnelle, prétendre avoir le droit de le faire ou agir de manière à donner lieu de croire qu'il est autorisé à le faire, s'il n'est détenteur d'un permis valide et approprié et s'il n'est inscrit au tableau de la corporation habilitée à délivrer ce permis, sauf si la loi le permet*». [nos italiques]

Une personne qui pose un geste réservé par la loi à une profession d'exercice exclusif pourra être l'objet d'une poursuite pénale³² en vertu des articles 188 à 190 du *Code des professions*³³. Ce recours suit les procédures établies par la *Loi sur les poursuites sommaires*³⁴. Un juge de paix entend la poursuite en première instance. La Cour supérieure agit comme tribunal d'appel³⁵.

Selon plusieurs auteurs³⁶, les infractions relatives à l'exercice illégal d'une profession constituent des infractions de responsabilité stricte,

-
32. L'individu qui exerce illégalement une profession s'expose également à des recours de nature civile, comme une action en dommages-intérêts. Voir R. GAUDREAU, *loc. cit.*, note 2, 80.
33. *Loi médicale*, art. 45; *Loi sur l'optométrie*, art. 26; *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 16.; ces articles réfèrent à la peine prévue à l'article 188 du *Code des professions*, soit une amende d'au moins 500\$ et d'au plus 5000\$.
34. *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., c. P-15. *Code de procédure pénale*, L.Q. 1987, c. 96.
35. *Loi sur les poursuites sommaires*, art. 3 et 75 et suiv. En ce qui concerne l'article 75, voir: *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, (1988) 1 R.C.S. 1033: La Cour suprême a jugé que cette disposition était incompatible avec les droits garantis à l'article 11 h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où elle permet au poursuivant ou au plaignant d'interjeter appel par voie de procès *de novo* de l'acquiescement prononcé en faveur d'un prévenu.
36. A. LAJOIE, P.A. MOLINARY et J.-M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1981, 459 et 470-471; J.-L. BAUDOUIN, «La responsabilité civile et pénale de l'employeur résultant de la violation des lois professionnelles», (1976) 36 *R. du B.* 175, 184 et suiv.; P. de NIVERVILLE, *loc. cit.*, note 6, 560; R. GAUDREAU, *loc. cit.*, note 2, 81. La jurisprudence est au même effet; voir notamment les affaires suivantes: *R. c. Hardy*, C.A. Montréal, n° 500-27-008823-73, 7 janvier 1975; *Ordre des ingénieurs du Québec c. Billoty*, C.S.P. Montréal, n° 500-27-007087-75, 21 novembre 1975; *R. c. General Nutrition Canada Ltd.*, J.E. 81-27 (C.S.P.); *R. c. Bendwell*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-36-000011-839, 19 février 1985; *Ordre des ingénieurs du Québec c. Congrégation des témoins de Jéhovah de Repentigny in trust*, C.S.P. Joliette, n° 705-27-004038-847, 28 juin 1985. Quelques décisions isolées ont néanmoins affirmé que l'infraction d'exercice illégal d'une profession en est une de responsabilité absolue: *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Riverin*, [1984] C.S.P. 1124; *Lemieux c. Lippens*, [1973] R.L. 405 (C.P.)

conformément aux distinctions dégagées par la Cour suprême dans l'affaire *Sault-Ste-Marie*³⁷. La preuve de l'intention de l'accusé de commettre le délit n'est pas nécessaire puisque le seul fait d'accomplir l'acte comporte en soi une présomption d'infraction. Ce type d'infraction laisse également à la personne accusée la possibilité d'invoquer soit la défense d'erreur de fait soit la défense de diligence raisonnable.

De plus l'accusé peut bénéficier des règles d'interprétation stricte applicables aux lois professionnelles³⁸. Les incertitudes dans le texte de la loi seront interprétées en sa faveur; tout acte qui n'est pas clairement prohibé pourra être posé par un individu sans qu'il puisse être condamné pour avoir outrepassé la sphère exclusive d'une profession.

Cette brève analyse législative des trois champs d'exercice nous a démontré les relations étroites qui existent entre ces professionnels. Si la loi prévoit déjà des interactions évidentes, on peut facilement appréhender les conflits, les guerres même que pourront se livrer, d'une part, ophtalmologistes et optométristes et, d'autre part, optométristes et opticiens d'ordonnances, dans la pratique quotidienne de leur profession.

II. LES CONFLITS ENTRE PROFESSIONNELS³⁹

Une analyse des conflits survenus entre ces professions est primordiale pour tenter de tracer les limites des champs d'exercice des médecins ophtalmologistes, optométristes et opticiens d'ordonnances.

a) Ophtalmologistes et optométristes

Les principaux différends entre ces professionnels se situent au niveau de l'utilisation de médicaments dans l'exercice de l'optométrie. D'autres conflits naissent aussi du fait que certains optométristes prétendent pouvoir diagnostiquer, par divers moyens, des pathologies oculaires. Des points de vue fondamentalement opposés sur l'étendue du champ de pratique des optométristes provoquent maintes dissensions. Nous nous proposons d'examiner ces positions divergentes pour en arriver à délimiter les sphères d'activités de ces deux corporations professionnelles.

37. *R. c. Sault-Ste-Marie*, (1978) 2 R.C.S. 1299.

38. *Supra*: iii) Les règles d'interprétation applicables aux lois professionnelles.

39. Nous réservons une partie importante de notre exposé aux nombreux différends interprofessionnels. Une telle approche ne vise pas à soulever les «chicanes de famille» dans ce domaine. Nous ne voulons absolument pas aggraver une situation déjà trop litigieuse. Au contraire!

i) Position de l'Ordre des médecins

Les ophtalmologistes, membres de cette corporation, invoquent plusieurs arguments: premièrement, le texte même de l'article 31 de la *Loi médicale*. La prescription de médicaments, le diagnostic et le traitement de toute déficience de la santé constituent l'exercice de la médecine. Quiconque pose un de ces gestes sans être médecin se rend coupable d'exercice illégal de la profession⁴⁰.

Pour bien comprendre la portée des prétentions de la Corporation professionnelle des médecins, il faut étudier les diverses distinctions dégagées par les ophtalmologistes⁴¹. Ceux-ci distinguent soins oculaires et soins visuels: «Les soins oculaires sont d'ordre médico-chirurgical. Ils ont essentiellement pour objet le diagnostic et le traitement des pathologies. C'est le champ d'intervention exclusif du médecin. Les soins visuels sont d'ordre optique. Ils ont trait au domaine restreint de la vision»⁴². De l'avis des ophtalmologistes, les soins visuels se limitent aux techniques de mesure, d'évaluation de la vision et à la prescription de lentilles ophtalmiques.

Les médecins spécialistes de l'oeil peuvent, conformément à la *Loi médicale*, fournir des soins tant oculaires que visuels:

«Le champ de la médecine n'est pas limité: il englobe toutes les déficiences de la santé, ce qui comprend tant les pathologies de l'oeil que les carences de la vision; il comporte le droit de procéder au diagnostic par toute technique d'investigation, de même que celui de traiter par tout mode thérapeutique, chirurgie comprise; il est expressément assorti du droit de recourir au médicament»⁴³.

Les soins oculaires peuvent être de niveau primaire, secondaire ou tertiaire. Ceux du premier niveau comprennent notamment le dépistage et le traitement de certaines maladies de l'oeil. Ces actes peuvent être posés par un omnipraticien. Il n'est pas nécessaire de recourir à un médecin spécialisé⁴⁴. Les soins oculaires de second niveau sont «réservés» aux médecins spécialisés. À

40. *Loi médicale*, art. 43 et 45.

41. ASSOCIATION DES OPHTALMOLOGISTES DU QUÉBEC, *Réflexions sur l'organisation des soins oculaires et des soins visuels au Québec*, Montréal, 1981.

42. *Id.*, 11.

43. *Id.*, 26.

44. L'obligation de recourir à un spécialiste est exprimée dans le *Code de déontologie des médecins*, précité, note 25, art. 2.03.16.
Exemples de soins oculaires de niveau primaire: le traitement de rougeur de l'oeil, de maladie inflammatoire de l'oeil, les chirurgies pour traiter certaines lésions oculaires dues à un corps étranger cornéen; *id.*, 28.

titre d'illustrations, mentionnons les déficiences oculaires susceptibles d'être reliées à une maladie systémique comme le diabète; les déséquilibres oculomoteurs (strabisme congénital, strabisme paralytique, etc.); les chirurgies plus importantes (celles pour le strabisme, les cataractes, le glaucome)⁴⁵. Les chirurgies qui ne comportent pas de manipulation du globe oculaire peuvent être pratiquées par un chirurgien spécialisé dans une discipline autre que l'ophtalmologie. Finalement, il y a les soins oculaires de niveau tertiaire qui comprennent le diagnostic et le traitement des maladies oculaires et orbitaires les plus graves⁴⁶. Pour fournir ces soins, il sera parfois nécessaire pour l'ophtalmologiste de recourir aux services d'un neurochirurgien ou d'un ophtalmologiste «sur-spécialisé». Les soins oculaires, peu importe leur niveau, sont donc réservés exclusivement aux médecins. En raison de leur complexité, ces actes exigent d'être posés uniquement par une personne ayant la formation et la qualification d'un spécialiste. La protection du public justifie une telle délimitation.

La situation est différente pour les soins visuels. Ceux-ci peuvent être posés tant par les optométristes que par les ophtalmologistes⁴⁷. Ces derniers amènent cependant certaines réserves au niveau des soins visuels primaires destinés aux jeunes enfants. Ces soins devraient être réservés aux médecins, car ils exigent l'utilisation de médicaments (gouttes ophtalmiques)⁴⁸.

La Corporation professionnelle des médecins invoque les articles 16 de la *Loi sur l'optométrie* et 31 de la *Loi médicale* qui interdisent aux optométristes tout usage de médicaments. Cette interdiction s'étend tant à la prescription de médicaments pour le traitement de pathologies oculaires qu'à leur utilisation à des fins diagnostiques. Les optométristes n'ont en effet pas la formation et la qualification requises pour faire usage de drogues. Ils n'ont aucune formation en pharmacologie clinique.

Au soutien de cette prétention, l'Ordre des médecins peut invoquer l'affaire *Prud'homme c. Migneault*⁴⁹. Il s'agissait d'un optométriste poursuivi pour exercice illégal de la médecine. M. Migneault, après un examen sommaire d'une de ses patientes, avait prescrit à celle-ci un régime alimentaire spécial pour

45. Ces chirurgies comportent une manipulation du globe oculaire: elles sont «réservées» aux ophtalmologistes; *id.*, 30.

46. *Id.*, 30-31.

47. *Id.*, 31-34, pour une définition des trois niveaux de soins visuels.

48. *Id.*, 32. Les ophtalmologistes prétendent également que les optométristes ne peuvent prescrire de lentilles cornéennes thérapeutiques, c'est-à-dire qui ont pour objet de traiter une pathologie de l'oeil (exemple: un ulcère cornéen); *id.*, 34.

49. *Prud'homme c. Migneault*, (1940) 78 C.S. 210.

les maux dont elle souffrait. Lors de cette consultation, il lui avait également conseillé de faire usage de sphinctérine pour apaiser ses maux de reins, en plus de lui prescrire des lentilles ophtalmiques pour ses troubles visuels.

Après avoir étudié les dispositions sur l'exercice de l'optométrie⁵⁰, le juge Tremblay en vient à la conclusion que le défendeur doit être condamné à une amende pour exercice illégal de la médecine. «Pour diagnostiquer et guérir une maladie ou certains troubles fonctionnels chez un client, il faut avoir fait des études médicales et être autorisé à pratiquer la médecine»⁵¹. Il n'est pas permis à un optométriste, après avoir découvert certains troubles pathologiques chez un patient, de lui prescrire un régime alimentaire dans le but de corriger la situation.

Le juge précise également que l'usage de médicaments est absolument défendu dans l'exercice de l'optométrie par la *Loi médicale*⁵² et la *Loi sur les optométristes et opticiens*⁵³: «Il faut nécessairement établir une ligne de démarcation entre les pouvoirs des médecins et chirurgiens et ceux des optométristes»⁵⁴. Pour y arriver, le juge rappelle qu'il ne faut pas, par déduction ou par toutes sortes d'étirements intellectuels, conférer à un texte de loi une portée que sa rédaction claire écarte.

L'usage de médicaments à des fins thérapeutiques est clairement prohibé. Qu'en est-il cependant de l'usage de drogues à des fins diagnostiques? L'optométriste qui utilise des médicaments mydriatiques pour permettre une dilatation pupillaire se rend-il coupable d'exercice illégal de la médecine? Les tribunaux n'ont pas été confrontés à ce litige. Le texte clair des articles 16 de la *Loi sur l'optométrie* et 31 de la *Loi médicale* risque d'amener les tribunaux à condamner de telles pratiques⁵⁵.

50. *Loi des optométristes et opticiens*, S.Q. 1937, c. 122, art. 17: «L'optométrie se définit: emploi de tous les moyens autres que l'usage des drogues pour la recherche et le mesurage des vices de réfraction, tels que l'hypermétropie, la myopie, la presbytie, l'astigmatisme et l'asthénopie en se servant de verres ophtalmiques pour y remédier.

Elle comprend aussi tout examen de la vue fait par tous les moyens quelconques, hormis l'usage des drogues dans le but d'en déterminer, d'en corriger ou d'en améliorer l'acuité».

51. *Prud'homme c. Migneault*, précité, note 49, 216.

52. S.R.Q. 1925, c. 213, art. 77.

53. Précitée, note 50, art. 17.

54. *Prud'homme c. Migneault*, précité, note 49, 217.

55. D'où le pressant désir de la Corporation professionnelle des optométristes de modifier la *Loi sur l'optométrie*. Voir *infra*: ii) Position de l'Ordre des optométristes. Par ailleurs, le Bureau de cet Ordre a tenté, dans un projet de règlement d'étendre le champ de pratique de l'optométrie, par un usage restreint de médicaments; *Code de déontologie des optométristes* (projet), (1990) 122 G.O. II, 1939, art. 14: «L'optométriste doit exercer sa profession suivant les principes généralement reconnus dans sa profession. Il doit notamment n'utiliser que les médicaments déterminés par règlement». La dernière phrase de l'article 14 n'a pas été retenue dans la version finale du *Code*.

De l'avis des médecins, il serait donc interdit à un optométriste de diagnostiquer et de traiter des pathologies oculaires à l'aide de médicaments. Il s'agit d'un champ d'activités réservé exclusivement à la profession médicale. L'optométriste qui constate qu'un patient est susceptible d'être atteint d'une maladie oculaire doit le référer à un spécialiste⁵⁶. À cet effet, l'Association des ophtalmologistes a préparé une liste fort élaborée de critères qui justifieraient l'acheminement d'un patient vers un ophtalmologiste:

- «
1. Acuité visuelle de 20/40 ou moins, corrigée par le procédé du trou sténopéique.
 2. Diminution récente de la vision qui ne peut être corrigée à 20/20.
 3. Diplopie révélée par les tests ad hoc ou le questionnaire.
 4. Apparition subite d'un strabisme ou d'une ptôse ou d'une anomalie des mouvements oculaires.
 5. Tout strabisme chez l'enfant.
 6. Toute amblyopie chez l'enfant.
 7. Tout déficit du champ visuel central ou périphérique.
 8. Histoire suggestive d'attaque de glaucome aigu.
 9. Tension oculaire au-dessus de 23mm de Hg - et surtout s'il y a antécédents familiaux ou personnels de glaucome ou un écart tensionnel de 5mm de Hg et plus entre les deux yeux.
 10. Excavation anormale de la pupille.
 11. Toutes anomalies du fond d'oeil.
 12. Patient diabétique.
 13. Indice d'une rétinopathie hypertensive.
 14. Indice d'une rétinopathie diabétique.
 15. Indice de maladie systémique.
 16. Indice de maladie neurologique.
 17. Histoire de phosphène.
 18. Fond d'oeil non visualisé.
 19. Anomalies pupillaires.
 20. Anomalies cornéennes.

56. *Code de déontologie des optométristes*, précité, note 27, art. 7.

21. Inflammation oculaire.
22. Tumeurs symptomatiques ou changement au niveau de l'oeil ou des annexes.
23. Changement notable et inexplicable de la réfraction chez un adulte.»⁵⁷

Dans toutes ces situations le meilleur intérêt de la population exige qu'un diagnostic médical et qu'un traitement médical, le cas échéant soient posés.

La seule possibilité pour les optométristes de jouer un rôle au niveau de la détection des pathologies oculaires serait de demander au Bureau de l'Ordre d'adopter un règlement précisant les normes d'identification de cas pathologiques par les optométristes⁵⁸. À défaut pour le Bureau et l'Office des professions d'adopter de tels règlements, les optométristes continueront d'agir dans l'illégalité lorsqu'ils diagnostiqueront des maladies de l'oeil. Leur rôle, en droit actuel, se limite à acheminer à un spécialiste les patients susceptibles d'être atteints d'une maladie oculaire⁵⁹. Les ophtalmologistes ne peuvent qu'approuver l'inaction du Bureau de l'Ordre des optométristes et de l'Office des professions. L'adoption de telles normes réglementaires aurait contribué à accroître la déjà très grande confusion du public dans le domaine des soins oculaires et visuels.

En effet, la population distingue mal les différences entre un ophtalmologiste, qui est un médecin spécialisé, et un optométriste. Ces professionnels sont souvent regroupés, à tort, sous l'appellation de «docteurs des yeux». Or, les optométristes ne sont pas des médecins. Leurs études à l'École d'optométrie de Montréal leur confèrent un doctorat en optométrie (O.D.) après huit trimestres de cours. Ils n'ont cependant pas de formation générale en médecine⁶⁰. L'Ordre des médecins soulève la sagesse du législateur qui, pour tenter d'écarter cette confusion, interdit à l'optométriste de se désigner comme spécialiste s'il n'a pas la spécialité ou la formation particulière requise⁶¹. Il ne peut pas prendre le titre de docteur ou utiliser une abréviation de ce titre; il ne peut que faire suivre son nom du titre de docteur en optométrie. Cette disposition est d'ordre public; elle s'applique à tous, peu importe si avant l'entrée

57. ASSOCIATION DES OPHTALMOLOGISTES, *op. cit.*, note 41, 68-69.

58. *Loi sur l'optométrie*, art. 10 b) et 11.

59. *Code de déontologie des optométristes*, précité, note 27, art. 7.

60. Les ophtalmologistes ont une formation générale de cinq années en médecine, suivie par un programme spécialisé en ophtalmologie de quatre années.

61. *Loi sur l'optométrie*, art. 24.

en vigueur de la *Loi sur l'optométrie* un optométriste faisait déjà usage du titre de docteur⁶².

Les ophtalmologistes soulèvent également certaines restrictions sur le droit des optométristes de faire de l'orthoptique. L'orthoptique au sens médical va bien au-delà de la simple rééducation visuelle. Une telle pratique n'est efficace que si des soins médicaux en assurent le suivi; appliquée à des patients qui souffrent de pathologies oculaires non détectables par les optométristes, elle risque de causer des torts irréparables. Les ophtalmologistes réserveraient donc l'orthoptique aux orthoptistes, lesquels sont des auxiliaires médicaux qui oeuvrent de concert avec les médecins spécialisés. Ainsi en 1987, le *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins* a été modifié⁶³ de façon à permettre aux orthoptistes de poser, sous certaines conditions, des actes à l'origine réservés aux médecins. Ce règlement est venu consacrer une pratique bien établie au Québec. En effet, les orthoptistes⁶⁴ sont des auxiliaires depuis longtemps essentiels aux départements d'ophtalmologie des centres hospitaliers et aux cabinets privés de médecins ophtalmologistes. Au soutien de la validité d'une telle réglementation, l'Ordre des médecins invoque l'ampleur du champ d'exercice de la médecine qui peut inévitablement englober certains actes du champ d'exercice de l'optométrie⁶⁵.

-
62. C'est l'avis exprimé par la Cour d'appel dans l'affaire *P.G. du Québec c. Tremblay*, J.E. 88-1354 (C.A.). À remarquer qu'en Cour supérieure (C.S. Québec, n° 200-05-004514-753, 4 mars 1981), le juge Dufour, sur la base de la théorie des droits acquis avait permis à l'optométriste Tremblay d'utiliser le titre de docteur puisque celui-ci avait obtenu son doctorat en optométrie et faisait usage de ce titre avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'optométrie* le 1^{er} février 1974. La querelle pour le titre de «docteur» est cependant loin d'être terminée. En pratique, plusieurs optométristes font usage de ce titre, ce qui a amené l'Association des ophtalmologistes à présenter une requête en injonction permanente pour interdire aux optométristes de se désigner comme «docteur». Voir J.-P. BONHOMME «Querelle pour le titre de "docteur"» *La Presse* [de Montréal] (26 mars 1991) C8.
63. (1987) 119 G.O. II, 6494. L'annexe D de ce règlement (précité, note 14) énumère 23 actes qui peuvent être posés par des orthoptistes conformément aux conditions prescrites.
64. L'orthoptiste est «une personne titulaire d'un certificat d'orthoptiste délivré par le Conseil canadien d'orthoptique ou un certificat équivalent reconnu par cet organisme si, dans l'un et l'autre cas, ce certificat est entériné par une résolution du Bureau de la corporation professionnelle des médecins du Québec»; *id.*, art. 1 r). À noter que le Québec ne forme pas d'orthoptistes. Ceux qui oeuvrent ici ont été formés à l'étranger. Plusieurs ont obtenu leur formation en orthoptique en France où certaines facultés de médecine offrent une formation à temps complet de trois années.
65. Voir *Ordre des optométristes du Québec c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, J.E. 89-1427 (C.S.). L'Ordre des optométristes demandait dans une requête pour sursis la suspension de l'application du règlement adopté en vertu de l'article 31 de la *Loi médicale* déléguant certains actes aux orthoptistes. La juge Helène Lebel a rejeté cette requête.

Si la Corporation professionnelle des médecins se montre aussi intransigeante envers les optométristes, c'est uniquement dans le but de protéger l'intérêt commun. Dans cet objectif de protection, le Bureau de l'Ordre des médecins a jugé qu'il ne fallait pas déléguer aux optométristes certains actes à l'origine réservés aux médecins⁶⁶.

De l'avis des ophtalmologistes, seule une application rigoureuse des lois professionnelles permettra de respecter les champs d'exercice exclusifs et d'harmoniser la pratique quotidienne des professionnels oeuvrant dans le domaine des soins oculaires et visuels. Malheureusement, la jurisprudence révèle des interprétations erronées de savants juges. Un *obiter dictum* du juge Rioux dans l'affaire *Brochu c. Auger* constitue un exemple:

«Les définitions qui ont été reproduites ci-dessus [*Loi sur la pharmacie*, art. 17; *Loi sur l'optométrie*, art. 26; *Loi sur les dentistes*, art. 16; *Loi médicale*, art. 31] montrent qu'un dénominateur commun réunit toutes les professions: leur exercice a pour objet la conservation et le rétablissement de la santé; il s'agit de prévenir la maladie ou les infirmités, de les guérir ou traiter ou de les soulager»⁶⁷.

En ce qui concerne l'exercice de l'optométrie, une telle affirmation va totalement à l'encontre des articles 16 de la *Loi sur l'optométrie* et 31 de la *Loi médicale*. Pour reprendre les propos du ministre Castonguay: «... nous sommes tous d'accord ici et les optométristes aussi sur le fait qu'ils [les optométristes] ne sont pas dans le domaine de la médecine et qu'ils sont dans le domaine de la vision...»⁶⁸

Les ophtalmologistes sont conscients des nombreux conflits qui les opposent aux optométristes. Ces conflits vont bien au-delà des dispositions législatives; il s'agit d'un véritable débat scientifique. Le but premier des lois professionnelles ne pourra être atteint que si les corporations professionnelles acceptent de reconnaître la primauté du droit de la population de recevoir des soins de qualité sur les intérêts économiques et personnels de leurs membres.

Il est illusoire de reconnaître à une personne le droit de choisir le professionnel de la santé par lequel elle désire être traitée⁶⁹, si cette personne ne peut comprendre la portée des actes que peut poser celui-ci. Les conflits

66. De tels règlements sont permis en vertu des articles 19 b) et 22 de la *Loi médicale*.

67. [1981] C.S. 971, 974.

68. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des corporations professionnelles, *Journal des débats*, p. B-3295 (20 juin 1973).

69. *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 2; *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q., 1991, c. 42, art. 6.

interprofessionnels risquent d'empêcher un choix éclairé du patient. «Un tel climat est incompatible avec l'exercice de professions axées sur la protection du public»⁷⁰.

La Corporation professionnelle des médecins, par la voix de l'Association des ophtalmologistes, souhaite donc que les optométristes se cantonnent dans le domaine des soins visuels. Une telle approche se veut respectueuse de l'esprit des lois professionnelles.

ii) Position de l'Ordre des optométristes

La Corporation professionnelle des optométristes soulève de son côté plusieurs arguments pour justifier certains actes posés par ses membres et surtout pour amener des modifications à la *Loi sur l'optométrie*.

Ainsi, dans l'exercice de sa profession, l'optométriste devrait pouvoir faire usage de médicaments à des fins limitées. On apporte les nuances suivantes: les drogues peuvent être utilisées à deux fins différentes, soit thérapeutique ou diagnostique. Les optométristes prétendent pouvoir utiliser des médicaments pour cette dernière finalité⁷¹. L'administration de meilleurs soins et la protection du public justifieraient une telle pratique; en effet, lorsqu'un optométriste examine les yeux d'un patient, il est parfois nécessaire d'avoir recours à des médicaments mydriatiques pour procéder à une dilatation pupillaire qui pourrait se révéler essentielle pour un examen adéquat. Dans la mesure où l'usage limité de ces médicaments est fait consciencieusement, la population a tout à y gagner! Les optométristes n'ont, bien sûr, pas la spécialisation des ophtalmologistes. Leur programme d'étude offre quand même une formation adéquate en pharmacologie⁷² pour l'usage très restreint qu'ils prétendent pouvoir faire des drogues. Pour juger de la légalité d'une telle pratique, il ne faut pas oublier le double caractère des lois professionnelles. Outre leur caractère d'ordre public, ces lois, en raison des limites imposées à la pratique de la profession par les monopoles d'exercice, doivent s'interpréter strictement: «Tout ce qui n'est pas clairement défendu peut être fait impunément par tous ceux qui ne font pas partie de ces associations fermées»⁷³. L'Ordre des optométristes ne bénéficie cependant pas d'argument de texte: l'article 16 de la *Loi sur l'optométrie* est clair. On y exclut tout usage de médicaments. Par ailleurs, l'article 31 de la *Loi médicale* n'appuie pas non plus les prétentions des

70. ASSOCIATION DES OPHTALMOLOGISTES, *op. cit.*, note 41, 66.

71. Les optométristes ne contestent pas l'exclusivité accordée aux médecins pour l'usage des médicaments à des fins thérapeutiques.

72. Exemple: le cours PHM 2950 «Pharmacologie générale et oculaire».

73. *Pauzé c. Gauvin*, précité, note 20, 18 (j. Taschereau).

optométristes. Cette disposition, combinée avec l'article 43 de la même loi fait de tout acte qui a pour objet de diagnostiquer une déficience de la santé d'un être humain un acte réservé exclusivement aux médecins. L'établissement d'un diagnostic fait partie du champ de pratique de la médecine. On propose donc d'atténuer la rigueur de la loi de façon à permettre expressément l'usage de médicaments par les optométristes lors de l'exécution de techniques diagnostiques. Une telle attitude a été adoptée par le législateur de presque tous les états américains⁷⁴. La loi québécoise sur l'optométrie demeure donc une des rares lois nord-américaines à ne pas avoir encore adapté la définition de l'exercice de l'optométrie à l'évolution de cette profession⁷⁵. Un tel retard ne peut qu'être néfaste pour la profession et la population elle-même.

Les optométristes prétendent également avoir un certain rôle à jouer au niveau de l'identification de cas pathologiques. L'article 10 b) de la *Loi sur l'optométrie* et la formation universitaire offerte dans le domaine de la pathologie oculaire permettent d'arriver à une telle conclusion. L'identification des maladies de l'oeil peut s'inscrire tout à fait normalement dans l'exercice de l'optométrie. Naturellement, le traitement de ces maladies est réservé à la profession médicale. Le rôle des optométristes se limite à identifier et à référer les cas pathologiques à un spécialiste⁷⁶. Une réglementation du Bureau de l'Ordre des optométristes est toutefois nécessaire pour reconnaître un tel droit d'action. Aucun règlement n'a été adopté à ce jour... L'identification de cas pathologiques implique que l'optométriste puisse utiliser des médicaments à des fins diagnostiques. Des changements législatifs s'imposent.

Les optométristes soulèvent de plus leur droit de pratiquer l'orthoptique, conformément à l'article 16 de la *Loi sur l'optométrie*. Le *Dictionnaire de médecine Flammarion*⁷⁷ définit l'orthoptique de la façon suivante: «Science qui étudie le diagnostic et le traitement des déséquilibres oculomoteurs et des

74. Seuls l'Alabama, l'Alaska et le Maryland interdisent l'usage de tout médicament par les optométristes. L'Indiana et le New Jersey ne prévoient aucune disposition sur l'utilisation de drogues dans l'exercice de l'optométrie. Tous les autres états permettent l'usage de drogues à des fins diagnostiques. Vingt-deux états permettent même de plus l'usage de drogues à des fins thérapeutiques... K.M. DOUGLAS, «Eye Wars: The Debate over Standard of Care», (1989) 39 *Case Western Reserve Law Review* 841, 844, note 12.

75. Tout dernièrement, le ministre responsable de l'application des lois professionnelles, M. Raymond Savoie, annonçait l'intention du gouvernement de présenter un projet de loi, dès cet automne, visant à permettre aux optométristes d'utiliser des médicaments lors de leurs diagnostics. Voir «Médicaments et optométristes» *Le Soleil* [de Québec] (19 octobre 1991) A-7.

76. *Code de déontologie des optométristes*, précité, note 27, art. 7: l'optométriste doit «diriger son patient vers un médecin lorsqu'il soupçonne ou constate la présence de symptômes ou de signes de pathologie oculaire».

77. Paris, 1982. Voir aussi *supra*, note 8.

troubles de la vision binoculaire». Les ophtalmologistes amènent certaines réserves au fait que les optométristes fassent usage d'une telle science. Dans la pratique québécoise de l'optométrie, l'orthoptique est prise dans le sens de «rééducation visuelle». C'est différent de l'orthoptique «médicale» telle que précédemment définie. La rééducation visuelle constitue une activité essentielle à une pratique efficace de l'optométrie. Elle permet d'améliorer la vision, d'améliorer les effets des orthèses visuelles; la gymnastique oculaire permet de traiter les défauts de la vue. Le texte de la loi est clair: l'orthoptique fait partie de l'exercice de l'optométrie. Bien sûr, le vaste champ de pratique de la médecine englobe l'orthoptique. Toutefois, la *Loi médicale* et les règlements adoptés en vertu de celle-ci n'enlèvent pas aux optométristes leur droit de pratiquer cette science⁷⁸.

L'Ordre des optométristes reconnaît les limites du champ d'exercice de ses membres. La pratique quotidienne de l'optométrie a grandement fait évoluer cette profession. Les législations étrangères ont su s'adapter à ces changements. L'Ordre souhaite grandement que le Québec en fasse autant. Les arguments des optométristes visent donc principalement à amener la Législature québécoise à modifier la *Loi sur l'optométrie*.

La définition enchâssée à l'article 16 correspond à une vision désuète de l'optométrie⁷⁹. Il est essentiel de la réécrire pour assurer la conformité des textes législatifs avec l'exercice quotidien de la profession. Ces modifications sont d'autant plus impérieuses qu'elles sont rendues nécessaires pour assurer la protection de la clientèle. À l'heure actuelle, la conception pratique de l'optométrie est davantage en harmonie avec le but premier des lois professionnelles que la définition légale de l'optométrie elle-même. L'utilisation de médicaments à des fins diagnostiques est primordiale. Sans une telle activité, l'examen des yeux et de la fonction visuelle du patient devient difficile et hasardeux, voire incomplet et dangereux.

78. Les optométristes ne s'opposent pas à la pratique de l'orthoptique par les orthoptistes. Ils en veulent pour preuve un projet de règlement du Bureau de l'Ordre; *Règlement concernant les actes visés à l'article 10 paragraphe A de la Loi sur l'optométrie qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des optométristes, soit les orthoptistes* (projet), (1978) 110 G.O. II, 2297. Cela n'a pas empêché l'Ordre des optométristes de demander la suspension de l'application du règlement adopté par l'Ordre des médecins en 1987 concernant les actes délégués aux orthoptistes; *supra*, note 65.

79. Depuis l'adoption de la première loi sur l'optométrie, la définition de cette profession a toujours exclu tout usage de drogues ou de médicaments; voir S.Q. 1909, c. 130, art. 2e; S.Q. 1926, c. 87, art. 4; S.Q. 1937, c. 122, art. 17; S.R.Q. 1941, c. 274, art. 17; S.R.Q. 1964, c. 257, art. 17; L.Q. 1973, c. 52, art. 16.

Il faut modifier la *Loi sur l'optométrie* pour l'adapter à la définition contemporaine de cette profession. Il faut éviter de cantonner les optométristes dans la sphère trop restreinte et totalement surannée des soins visuels.

iii) Appréciation critique

Les positions exprimées par les ophtalmologistes et les optométristes sont toutes deux intéressantes et fort étayées. Malheureusement, l'incompatibilité des prémisses qui les caractérisent respectivement empêche d'arriver à un résultat final acceptable pour toutes les parties. D'une part, il y a la Corporation professionnelle des médecins qui préconise une application rigoureuse de la *Loi sur l'optométrie* et de la *Loi médicale* sur la base de la distinction dégagée par l'Association des ophtalmologistes entre soins oculaires et soins visuels et, d'autre part, il y a l'Ordre des optométristes qui revendique des modifications législatives qui permettraient à la *Loi sur l'optométrie* de s'adapter aux années 1990. L'approche de la Corporation professionnelle des médecins est certes respectueuse des lois professionnelles et de la jurisprudence rendue en matière d'exercice illégal de la médecine par un optométriste. Par contre, elle néglige la définition pratique de la profession sans cesse en évolution au fil des années.

Chaque corporation soulève, pour appuyer ses arguments, la nécessité de protéger le public, but premier des entités corporatives édicté par le *Code des professions*. Chaque profession, convaincue de la justesse de ses prétentions, oublie cependant que, dans ce dialogue de sourd, la population risque beaucoup. À vouloir trop cantonner les optométristes dans une sphère d'activités inadaptée à la réalité, on risque de priver ceux-ci d'outils essentiels à une pratique efficace et sécuritaire de la profession. À l'opposé, accepter toutes les revendications des optométristes dans toute l'ampleur qu'ils désirent amènerait un véritable éclatement de l'optométrie et ferait en sorte que les optométristes agiraient dans un champ d'activités sans avoir les connaissances et la qualification nécessaires.

La solution aux différends opposant ces deux Ordres professionnels est loin d'apparaître aisée. Pourtant, il doit y avoir un dénouement, un terrain d'entente, pour mettre un terme à ces conflits aussi néfastes qu'importuns pour les corporations, les professionnels et la population elle-même.

Les deux parties devront, par conséquent, accepter de revoir leur position. Il ne s'agit pas de tout céder à l'autre ni de faire la sourde oreille à toute revendication. La solution aux conflits interprofessionnels ne réside pas dans un cloisonnement définitif des professions dans un champ exclusif trop restreint. Fermer les sphères d'activités professionnelles à toute ingérence empêcherait

une collaboration essentielle entre ophtalmologistes et optométristes. Des discussions sérieuses entre ceux-ci apparaissent inévitables.

Pour arriver à une nouvelle définition de l'optométrie qui satisfasse médecins ophtalmologistes et optométristes, nous soumettons les propositions suivantes:

1. La protection du public doit demeurer le but ultime des corporations professionnelles et la définition de leurs champs de pratique doit refléter la poursuite de cet idéal.
2. La définition de l'optométrie doit être adaptée à la conception pratique de cette profession dans la mesure où l'intérêt de la clientèle est assuré.
3. Un usage restreint des médicaments par les optométristes lors de l'exécution de techniques diagnostiques devrait être permis. Pour assurer que cet usage soit sécuritaire pour la population, des normes strictes devraient être édictées pour circonscrire les actes permis. La participation des ophtalmologistes pour déterminer ces normes apparaît essentielle.
4. Une utilisation judicieuse des pouvoirs réglementaires prévus aux lois professionnelles sera de mise pour adapter et compléter la définition de l'optométrie.
5. La formation académique des optométristes en pharmacologie clinique devra être rehaussée de façon à permettre une meilleure connaissance des médicaments mydriatiques ou cycloplégiques, une amélioration des techniques d'utilisation de ces drogues et une connaissance accrue des risques découlant de leur usage dans l'exécution de techniques diagnostiques.
6. Une collaboration étroite devrait guider les rapports entre ophtalmologistes et optométristes. À cet effet, il est intéressant de noter le projet-pilote préconisé par l'Association des ophtalmologistes. Ceux-ci ont proposé l'intégration d'optométristes (et d'opticiens d'ordonnances) au sein des centres hospitaliers. Trois formules ont été imaginées:

«Première formule:

Le malade est reçu en consultation par le médecin ophtalmologiste qui procède au diagnostic. Si une procédure de réfraction lui paraît indiquée, l'ophtalmologiste réfère le malade à l'optométriste qui y procède et lui fait rapport.

Deuxième formule:

Le malade est reçu en consultation par l'optométriste. Celui-ci effectue son examen visuel et achemine le malade vers le médecin

ophtalmologiste, pour diagnostic médical et intégration des données obtenues de l'examen de l'optométriste.

Troisième formule:

Le malade est reçu en consultation par l'optométriste. Celui-ci effectue son investigation visuelle et il n'achemine au médecin ophtalmologiste que les malades dont l'état nécessite une consultation médicale, selon les critères d'acheminement énoncés [par l'Association des ophtalmologistes].

Cette formule exige que le malade soit bien informé de la procédure, et qu'il puisse être reçu en consultation par le médecin ophtalmologiste, s'il en manifeste l'intention.»⁸⁰

La troisième formule nous semble particulièrement intéressante. Elle présente l'avantage d'assurer une étroite collaboration et un partage commode des tâches. Elle ne favorise pas l'engorgement des départements d'ophtalmologie puisque seuls les malades atteints ou susceptibles d'être atteints d'une pathologie oculaire sont acheminés vers un ophtalmologiste. Pour parfaire cette formule, il faudra cependant que les optométristes puissent identifier les cas pathologiques. Par ailleurs, les critères d'acheminement devront, après analyse, être précisés par les deux corporations. La liste préparée par l'Association des ophtalmologistes pourra servir de point de départ aux pourparlers.

Cette formule, comme les deux précédentes, comporte toutefois certains inconvénients. L'introduction d'optométristes au sein de centres hospitaliers accentuera probablement la confusion du public entre optométriste et ophtalmologiste. Il faudra instruire la population sur les actes que chacun est habilité à poser.

7. Les autorités compétentes (gouvernementale, scolaires) devront assurer un contrôle dans la main-d'oeuvre disponible et devront, lorsque la situation l'exige, continger certains programmes.
8. Une fois la définition de l'optométrie délimitée, il sera primordial d'assurer rigoureusement le respect des champs d'exercice exclusifs.

Ces propositions ne constituent pas une panacée. Elles veulent tout simplement soulever certains principes, certaines idées pour en arriver à une solution aux conflits opposant médecins ophtalmologistes et optométristes. Cette solution dépend dans une large mesure de la volonté des corporations intervenantes. Tant et aussi longtemps qu'elles sacrifieront l'intérêt de la clientèle à celui de leurs membres, elles n'arriveront qu'à envenimer la situation

80. ASSOCIATION DES OPHTALMOLOGISTES, *op. cit.*, note 41, 72.

et à rendre bien illusoire les mécanismes de protection mis en place lors de la réforme du droit professionnel.

Les conflits interprofessionnels ne sont pas exclusifs aux relations ophtalmologistes-optométristes. Ces derniers sont également «confrontés» aux opticiens d'ordonnances qui occupent eux-aussi une partie importante du marché des lentilles ophtalmiques.

b) Optométristes et opticiens d'ordonnances

Le domaine des «soins visuels» est occupé par les ophtalmologistes, les optométristes et les opticiens d'ordonnances. Ces deux dernières professions, selon les termes de leur loi respective, oeuvrent au niveau de la pose, l'ajustement, le remplacement et la vente⁸¹ de lentilles ophtalmiques. Les opticiens d'ordonnances ne peuvent poser ces actes que sur ordonnance d'un optométriste ou d'un médecin⁸². Les conflits entre ces professionnels surviennent en grande partie en raison de cette zone partagée.

Pour procéder à la délimitation des champs d'exercice des optométristes et des opticiens d'ordonnances, nous proposons un cheminement quelque peu différent du précédent. Nous étudierons en premier lieu certains facteurs, historiques pour la plupart, en partie générateurs de la confusion entourant ces deux professions. Nous enchaînerons avec une discussion sur la jurisprudence québécoise rendue sur cet épineux sujet, pour terminer par une appréciation critique de la situation.

i) Les facteurs historiques

Dans le passé, les optométristes et les opticiens étaient définis de la même façon: «toute personne qui a obtenu du conseil [du Collège ou de l'Association des optométristes et opticiens de la province de Québec] un certificat d'enregistrement et une licence lui donnant le droit de pratiquer l'optométrie en cette province et qui est en règle avec l'association»⁸³. La

81. Les ophtalmologistes vendent rarement des lentilles comme le leur permettrait la *Loi médicale* à l'article 39. Le commerce est incompatible avec leur profession selon eux. Voir cependant *supra*, note 48.

82. *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 9.

83. *Loi des optométristes et opticiens*, S.R.Q. 1964, c. 257, art. 1(3°); S.R.Q. 1941, c. 274, art. 1(3°); S.Q. 1937, c. 122, art. 2(3°) (Abrogées).

jurisprudence assimilait «optométriste» et «opticien» en s'appuyant sur le texte de la loi⁸⁴.

En 1940, le législateur adopte la première *Loi des opticiens d'ordonnances*⁸⁵. Il y avait donc, au Québec, à cette époque, des optométristes, des opticiens, des optométristes-opticiens, des optométristes et opticiens, tous définis semblablement, qui pouvaient pratiquer l'optométrie⁸⁶ et il y avait aussi des opticiens d'ordonnances qui n'étaient pas des opticiens, ni des optométristes, ni des optométristes-opticiens, ni des optométristes et opticiens qui pouvaient, dans l'exercice de leur profession vendre, ajuster, fournir et remplacer des verres ophtalmiques. Ces actes ne pouvaient être posés que sur ordonnance d'un médecin, d'un optométriste, d'un opticien, d'un optométriste-opticien ou d'un optométriste et opticien, lesquels pouvaient également vendre, fournir, ajuster ou remplacer des verres ophtalmiques⁸⁷. Une clarification simplificatrice du vocabulaire était pour le moins essentielle! En 1973, le législateur n'a retenu que les appellations d'opticien d'ordonnances et d'optométriste. Il n'en demeure pas moins que le fouillis inutile des lois antérieures a laissé des traces indélébiles dans certains esprits! Curieusement, pour éliminer toute incertitude⁸⁸ et surtout pour satisfaire aux revendications de la Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances, le législateur a modifié récemment la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*⁸⁹. Ceux-ci peuvent désormais, selon les termes de l'article 14, utiliser la désignation d'opticien dans l'exercice de leur profession⁹⁰.

84. *Collège des optométristes et opticiens de la province de Québec c. Butler's Limited*, [1960] C.S. 611.

85. S.Q. 1940, c. 61.

86. *Supra*, notes 50 et 79, pour une définition de l'optométrie.

87. *Loi des opticiens d'ordonnances*, précitée, note 85, art. 18.

88. *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, art. 14, al. 1: «Un opticien d'ordonnances ne peut, relativement à l'exercice de sa profession, se désigner autrement que comme opticien d'ordonnances». Voir cependant *Ordre des optométristes du Québec c. Laforce*, C.A. Québec, n° 200-10-000071-782, 5 avril 1979. Un opticien d'ordonnances était poursuivi pour avoir prétendu être optométriste en utilisant un titre laissant croire qu'il était optométriste, soit le titre d'opticien, contrevenant ainsi à l'article 32 du *Code des professions*. L'accusé fut reconnu coupable par le juge de paix. La Cour supérieure a infirmé ce jugement; de l'avis du juge Bienvenue, le mot «opticien» employé seul n'indiquait pas nécessairement une usurpation de titre. L'appel fut rejeté au mérite, la Cour d'appel estimant que l'appel ne portait pas uniquement sur une question de droit, contrairement à l'article 102 de la *Loi sur les poursuites sommaires*.

89. *Loi modifiant la Loi sur les opticiens d'ordonnances*, (1990) 122 G.O. II, 3991. Les mots «ou opticien» ont été ajoutés à la fin du premier alinéa de l'article 14. Cette loi est entrée en vigueur le 25 octobre 1990.

90. On peut s'interroger sur la sagesse d'une telle modification. Nous y reviendrons ultérieurement; *infra*: iii) Appréciation critique.

Un autre facteur historique est venu envenimer les relations entre optométristes et opticiens d'ordonnances. En 1974, le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, de la Science et de la Technologie et le Collège Edouard-Montpetit, ont mis sur pied un programme expérimental de formation intitulé «Technique de prothèses visuelles». Les réactions des optométristes, mitigées à cette époque, sont devenues plus manifestes lorsque le ministère de l'Éducation a consacré la permanence de ce programme de formation. L'Ordre des optométristes du Québec a tenté, dans une requête pour jugement déclaratoire⁹¹, de faire déclarer que les actes enseignés dans le programme «Technique d'orthèses visuelles» empiétaient sur le champ d'exercice de l'optométrie. En effet, selon les requérants, ces actes concernent notamment la prescription de lentilles ophtalmiques, laquelle nécessite la mesure et l'analyse de l'acuité visuelle. De tels actes sont réservés exclusivement à la profession d'optométriste. Ces mêmes pratiques peuvent également impliquer l'examen des maladies oculaires: ce sont des actes réservés aux médecins. La formation d'un opticien d'ordonnances devrait, de l'avis des requérants, se limiter aux concepts de base lui permettant d'accomplir les tâches techniques que la loi l'autorise à effectuer⁹². Le juge Benoît, saisi de cette affaire, a accueilli les requêtes en irrecevabilité du Collège Edouard-Montpetit et de l'Ordre des opticiens d'ordonnances. Il précise que l'exclusivité accordée par une loi à un champ d'exercice d'une profession ne s'étend pas à la connaissance, à la formation scolaire:

«Le droit de pratiquer une profession ne découle pas de la connaissance des actes professionnels. L'interdiction de pratiquer certains actes découle uniquement de la loi»⁹³.

Comme autre argument, le juge soulève qu'une requête pour jugement déclaratoire doit poser une question précise à partir de faits non contestés. Ici, la Cour ignorait la teneur, la finalité et la manière de poser les actes du programme de formation. Par ailleurs, le juge mentionne que si la requête pour jugement déclaratoire était accueillie, si la Cour décidait que les actes enseignés dans le programme de formation des opticiens d'ordonnances empiétaient sur l'exercice de l'optométrie, de tels actes seraient illégaux: pire, l'enseignement lui-même serait illégal⁹⁴!

91. *Ordre des optométristes du Québec c. Collège Edouard-Montpetit*, J.E. 86-732 (C.S.). (Appel rejeté, C.A. Montréal, n° 500-09-000867-861, 22 novembre 1988).

92. *Id.*, 4.

93. *Id.*, 29.

94. *Id.*, 27.

Les rapports entre optométristes et opticiens d'ordonnances ont continué de se détériorer en 1989 lorsque le Collège Edouard-Montpetit a pris la décision d'augmenter de 50% le nombre d'étudiants admis au programme de Technique d'orthèses visuelles. Ainsi en 1989-90, 60 étudiants s'étaient inscrits à ce programme de formation comparativement à 40 les années précédentes⁹⁵. La surabondance d'opticiens d'ordonnances sur le marché des lentilles ophtalmiques est un facteur très important qui explique le mécontentement de l'Ordre des optométristes⁹⁶.

Avant d'en arriver à une analyse de la jurisprudence rendue en matière de conflits entre optométristes et opticiens d'ordonnances, il nous faut mentionner un important élément aussi responsable de plusieurs discordes professionnelles. Cet élément se situe au niveau de l'obligation de l'optométriste de remettre au patient l'ordonnance contenant les mesures et autres renseignements recueillis lors de l'examen de la vue. Le tout récent *Code de déontologie des optométristes*⁹⁷ édicte en son article 40 que «[l']optométriste doit respecter le droit du patient de faire exécuter ses ordonnances à l'endroit et auprès de la personne de son choix. L'optométriste doit remettre sur-le-champ l'ordonnance au patient sans que ce dernier lui en fasse la demande». Cette disposition veut assurer l'accessibilité des dossiers et de l'ordonnance. Avant l'arrivée de ce nouveau *Code*, une certaine ambiguïté régnait du fait que l'ancien *Code de déontologie* adopté par décret en 1982, qui contenait un article similaire⁹⁸, avait été déclaré inconstitutionnel⁹⁹. Les optométristes en pratique remettaient rarement la prescription à leur client. On comprend aisément l'immense avantage que peut conférer la remise de la prescription ophtalmique pour les opticiens d'ordonnances. Sans ordonnance, ils ne peuvent pratiquer leur profession. Remettre celle-ci au patient leur laisse la libre faculté de faire exécuter cette prescription soit par un opticien d'ordonnances, soit par un optométriste.

95. L. ALLAIRE, «Les optométristes relèquent du côté des opticiens» *Le Devoir* [de Montréal] (20 octobre 1989) Cahier spécial Professions, 12.

96. Le rapport annuel 1989-1990, de l'Office des professions rappelle qu'il y avait au Québec au 1^{er} mars 1990, 1039 optométristes comparativement à 592 opticiens d'ordonnances. OFFICE DES PROFESSIONS DU QUÉBEC, *Rapport annuel 1989-1990*, Les Publications du Québec, Québec, 1990, Annexe 3, 37.

97. *Code de déontologie des optométristes*, précité, note 27. Il est entré en vigueur le 6 juin 1991; art. 58.

98. *Code de déontologie des optométristes*, R.R.Q., 1981, suppl., 999, art. 35.

99. *Ordre des optométristes du Québec c. P.G. du Québec*, J.E. 84-860 (C.S.); le juge Barbès a déclaré ce règlement *ultra vires*. Le décret 1134-82 n'avait été rédigé et publié qu'en français.

Avec l'adoption des nouvelles règles déontologiques, les optométristes auront l'obligation de remettre l'ordonnance au client sans qu'il soit nécessaire d'en faire la demande. Voilà un important point de régler.

Plusieurs autres problèmes ont été discutés par les tribunaux québécois. Examinons maintenant les décisions les plus marquantes.

ii) La jurisprudence

La jurisprudence québécoise a eu à résoudre les problèmes de délimitation des champs d'exercice des optométristes et des opticiens d'ordonnances. La décision de la Cour d'appel dans *Grenon c. Ordre des optométristes du Québec*¹⁰⁰ mérite, de par son importance, une attention toute particulière. Les faits sont fort simples: madame Bertrand se présente chez monsieur Grenon, opticien d'ordonnances. Elle lui montre sa paire de lunettes et lui demande de lui vendre des verres de contact. Madame Bertrand n'a pas de prescription d'un optométriste ou d'un médecin. À l'aide de divers appareils, monsieur Grenon étudie la puissance des lunettes. Il détermine la courbure des lentilles à l'aide d'un kératomètre et d'un lentimètre puis, avec toutes ces données recueillies, il demande à un laboratoire d'optique de fabriquer des verres de contact, lesquels sont livrés à madame Bertrand quelques jours plus tard.

Grenon est accusé d'exercice illégal de la profession:

- 1- Pour avoir examiné les yeux de madame Bertrand,
 - 2- Pour avoir vendu, sans ordonnance, des verres de contact,
- sans détenir de permis valide de l'Ordre des optométristes du Québec, commettant ainsi une infraction à l'article 32 du *Code des professions*.

L'affaire *Grenon* vient préciser la portée des articles 8 et 9 de la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*:

«8. Constitue l'exercice de la profession d'opticien d'ordonnances tout acte qui a pour objet de poser, d'ajuster, de remplacer ou de vendre une lentille ophtalmique.

9. Un opticien d'ordonnances ne peut poser les actes décrits à l'article 8 que sur ordonnance d'un médecin ou d'un optométriste, ou sur présentation d'une lentille ophtalmique brisée, lorsqu'il s'agit de la remplacer, ou sur présentation d'une lentille ophtalmique dûment

100. [1986] R.J.Q. 1016 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée, (1986) 2 R.C.S. vii [Ci-après *Grenon*].

obtenue au moyen d'une ordonnance, lorsque le client désire en obtenir un double.»

Le principal moyen de défense (et d'appel) soulevé dans cette affaire portait sur l'interprétation du mot «double» utilisé à l'article 9. Les juges de la Cour d'appel, par la voix du juge LeBel, retiennent sur ce point litigieux les propos du juge Bilodeau (Cour des Sessions de la paix)¹⁰¹, et du juge Mignault (Cour Supérieure)¹⁰²:

«[...] la caractéristique dominante de toutes les définitions du mot "double" [...] est la similitude dans la reproduction de la chose qui, pour être considérée comme un double, doit être la copie exacte de cette chose»¹⁰³.

Selon cette interprétation, un verre de contact n'est nécessairement pas un «double» d'une paire de lunettes: les différences physiologiques sont évidentes. Le juge Bilodeau, en Cour des Sessions de la paix, insistait sur la nécessité de ne pas confondre similitude dans le résultat ophtalmique sur la vision d'une personne avec la similitude dans la reproduction de la lentille elle-même¹⁰⁴. Ce que l'opticien d'ordonnances est autorisé à reproduire au sens de l'article 9, c'est la lentille ophtalmique elle-même. Il ne peut reproduire les effets d'une lentille ophtalmique de type «lunette» sur une lentille ophtalmique de type «verre de contact». Si une lentille cornéenne ne peut au sens de la loi être considérée comme un double d'une lentille de lunettes, c'est aussi parce que les verres de contact exigent du professionnel des vérifications allant au-delà de la simple mesure de la courbure de la cornée. Le professionnel doit s'assurer que le patient ne «souffre» pas de contre-indications au port de ce type de lentilles. Ces vérifications impliquent nécessairement un examen de la vue, lequel ne peut être effectué légalement par un opticien d'ordonnances: «Même le droit d'ajuster la lentille que l'article 8 de la *Loi sur les opticiens d'ordonnances* reconnaît à l'appelant ne confère pas celui d'examiner la vue»¹⁰⁵. Le fait que la définition de l'expression «lentille ophtalmique» englobe au sens des deux lois les verres de contact et les verres de lunettes ne justifie pas le geste de l'appelant. «Le maintien d'une distinction entre les deux types de lentilles répond à la nécessité de protéger le public...»¹⁰⁶. Pour tous ces motifs, l'appelant Grenon a été reconnu coupable d'exercice illégal de la profession.

101. C.S.P. Québec, n° 200-27-004023-80, 10 décembre 1980.

102. J.E. 83-806.

103. *Id.*, 9 (j. Mignault); *Grenon*, 1019 (j. LeBel).

104. *Grenon*, 1019. Le juge LeBel cite avec approbation le juge Bilodeau de la Cour des Sessions de la paix.

105. *Id.*, 1020.

106. *Id.*

Cette affaire a permis de délimiter les champs d'exercice des optométristes et des opticiens d'ordonnances. Cette délimitation est tracée en s'inspirant des objectifs de protection des lois professionnelles et des principes de liberté d'exercice de la profession. La Cour a clairement penché du côté de l'intérêt commun. Cette approche est on ne peut plus louable. Dans des situations où la santé et la protection des gens peuvent être compromises, une corporation ne pourra s'appuyer sur les principes d'interprétation stricte attachés aux dispositions qui créent des monopoles d'exercice. Ces principes succombent devant la nécessité de protéger le public¹⁰⁷. Cet argument «d'ordre public» retenu dans l'affaire *Grenon* risque de grandement restreindre la sphère d'activités des opticiens d'ordonnances en matière de lentilles cornéennes. Ce type de lentilles requiert en effet une vérification professionnelle des possibilités de contre-indications du patient. Cet argument, joint à l'interdiction de procéder à un examen de la vue, semble prohiber la vente, l'ajustement, le remplacement et la reproduction de verres de contact par l'opticien! Les tribunaux n'ont sûrement pas voulu en arriver à un tel résultat. Leur approche vise seulement à assurer que les opticiens d'ordonnances ne posent les gestes décrits à l'article 8 que sur ordonnance d'un spécialiste. Les opticiens d'ordonnances devront donc être prudents. Ils ne devront fournir des lentilles cornéennes qu'avec l'autorisation spécifique d'un optométriste ou d'un médecin qui aura inscrit sur l'ordonnance les diverses mesures requises et les contre-indications au port des verres de contact le cas échéant¹⁰⁸. L'opticien n'aura qu'une tâche purement technique.

Les tribunaux de toutes les instances ont insisté également sur la signification du mot «double». Il faut nécessairement que l'objet qu'on qualifie de «double» soit la réplique physiologique conforme de l'objet doublé. Cette interprétation interdit donc à l'opticien d'ordonnances de fabriquer des verres de lunettes à partir de verres de contact. Il importait de souligner cet argument d'ordre physique, car dans cette situation (plutôt théorique il faut l'admettre), le professionnel n'aura pas à vérifier les contre-indications au port de lunettes: des problèmes se présentent rarement à ce niveau. L'argument de la nécessité de protéger le public, à lui seul, n'aurait pas interdit un tel acte. Ce motif aurait cédé devant le principe dégagé dans l'affaire *Goulet*¹⁰⁹ (notamment): il faut voir à ne pas limiter indûment la liberté de travail, la liberté d'exercer une profession.

Lorsque les tribunaux exigent pour qu'une chose soit considérée comme un double¹¹⁰, qu'elle soit la copie exacte de l'objet doublé, ils n'ont pas l'intention

107. *Id.*

108. C'est l'avis exprimé par l'Ordre des optométristes et par l'Association des ophtalmologistes; voir ASSOCIATION DES OPHTALMOLOGISTES, *op. cit.*, note 41, 33.

109. *Ordre des comptables agréés du Québec c. Goulet*, (1981) 1 R.C.S. 295.

110. Voir *supra*, note 103.

d'interdire aux opticiens d'ordonnances de fabriquer ou de fournir des montures de verres de lunettes différentes de celles possédées au départ par le client. L'argument d'ordre physique dégagé dans l'affaire *Grenon* vise les lentilles ophtalmiques, non les montures!

La décision rendue par la Cour d'appel vient clairement affirmer que l'opticien d'ordonnances ne peut, dans l'exercice de sa profession, examiner la vue d'un patient. Un tel acte relève exclusivement de la médecine et de l'optométrie. Cependant lorsque l'opticien effectue la pose, l'ajustement, le remplacement ou la vente de lentilles ophtalmiques, un certain examen découle inévitablement de tels actes. La loi et la jurisprudence ne viennent pas interdire aux opticiens d'ordonnances les adaptations que comporte la nécessité de vérifier l'efficacité du produit fourni au patient¹¹¹. Il est difficile d'ajuster une lentille cornéenne sans inévitablement examiner l'acuité visuelle du client¹¹². De la même façon, comment procéder efficacement à l'ajustement d'une lentille sans procéder à la mesure de la distance interpupillaire¹¹³. Interdire toutes formes d'examen rendrait illégale toute la profession d'opticien d'ordonnances! Ces vérifications doivent cependant viser à adapter les lentilles aux yeux du patient; elles ne sauraient être effectuées pour examiner la vue, analyser les problèmes visuels ou pour vérifier les contre-indications au port des lentilles. Ce sont là, entre autres, des renseignements qui seront fournis par un optométriste ou un médecin sur l'ordonnance.

iii) Appréciation critique

Plusieurs facteurs historiques ont fait naître les situations litigieuses entre l'Ordre des optométristes et celui des opticiens d'ordonnances. La réforme du droit professionnel a tenté d'établir un climat harmonieux entre ces deux professions vouées à une étroite collaboration. Le marché fort lucratif des articles ophtalmiques a malheureusement suscité maintes querelles juridiques. Les tribunaux, saisis de situations «limites» ont su décider conformément aux principes d'interprétation attachés aux lois professionnelles. Les professionnels eux-mêmes doivent guider leurs gestes à la lumière de l'intérêt commun. Ils doivent être conscients que les monopoles d'exercice édictés par la *Loi sur l'optométrie* et la *Loi sur les opticiens d'ordonnances* visent à protéger la clientèle et non à s'approprier une plus grande part de celle-ci.

111. *Ordre des optométristes du Québec c. Rouleau*, C.S.P. Québec, n° 11993-79, 18 novembre 1981, (j. Carle).

112. *Id.*

113. *R. c. Dakka*, C.S.P. Montréal, n° 500-27-000764-854, 21 août 1985, (j. Bonin).

Il est difficile d'ignorer la très grande connexité entre ces deux champs de pratique. Celle-ci devrait faciliter une plus grande collaboration entre professionnels au lieu d'envenimer leurs relations et de mener à une judiciarisation excessive. Des pourparlers entre les deux Ordres seront nécessaires: il faut éviter de régler les différends par la voie des tribunaux. La judiciarisation est néfaste sur la confiance publique dans les professions oeuvrant dans le domaine de la santé.

Contrairement à la situation qui prévaut entre l'Ordre des médecins et l'Ordre des optométristes, la solution aux conflits ne passera pas nécessairement ici par d'importantes modifications législatives. Les opticiens d'ordonnances pourront conserver la même définition de l'exercice de leur profession. Cette définition a sagement été interprétée par les cours québécoises. Souhaitons que dans le futur, leur interprétation sera aussi juste. Des modifications à la définition de l'exercice de l'optométrie ne risquent pas d'empirer la situation si ces changements veulent adapter la définition légale à la pratique de cette profession et s'ils respectent et protègent l'intérêt de la population.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur les changements législatifs apportés récemment à la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*. Ceux-ci, nous l'avons mentionné, peuvent dorénavant selon les termes de l'article 14 se désigner comme opticien. C'est là un bien triste retour en arrière. En effet, l'expression «opticien d'ordonnances» a l'immense avantage de rappeler les tâches techniques que le professionnel peut effectuer en vertu de la loi. Le titre d'opticien prête à confusion. Il ne fait aucunement référence à l'obligation de ce professionnel d'accomplir sa tâche conformément à la prescription préparée par un médecin ou un optométriste. Cette modification sèmera le doute dans l'esprit des gens qui avaient déjà peine à différencier optométristes et opticiens d'ordonnances. Ce changement législatif a naturellement voulu satisfaire les demandes des opticiens d'ordonnances. Ceux-ci étaient nombreux à utiliser le titre d'opticien malgré le texte de la loi. Le législateur ne doit cependant pas accepter de modifier sa loi en raison de l'existence d'une pratique contraire à l'intérêt de la population. Il est malheureusement fort à parier que cette modification fera boule de neige et sera suivie d'autres changements législatifs pour satisfaire les revendications d'autres professionnels! Pourtant, même les modifications législatives les plus judicieuses, même les interprétations judiciaires les plus justes ne pourront venir à bout de cette chaudière professionnelle tant que les optométristes et les opticiens d'ordonnances n'auront pas réformé en profondeur leur attitude les uns envers les autres et leur conception de ce que signifie «assurer la protection du public».

CONCLUSION

Cette étude des champs professionnels révèle plusieurs conflits tant juridiques que scientifiques entre, d'une part, les ophtalmologistes et les optométristes et, d'autre part, entre les optométristes et les opticiens d'ordonnances. Chaque corporation, au nom de la liberté d'exercer une profession réclame pour ses membres le pouvoir de poser des actes par ailleurs réservés aux membres d'autres corporations professionnelles. Les tribunaux ont eu à trancher certains litiges. Sauf quelques écarts, ils ont su appliquer correctement les lois professionnelles. Les monopoles d'exercice sont édictés dans l'intérêt du public, non dans l'intérêt exclusif des membres d'une corporation. Violer cette exclusivité peut amener, outre des sanctions pénales, de graves problèmes de responsabilité. Le législateur ne confère un droit exclusif d'exercer une profession que si la nature des actes posés par un professionnel et la latitude de ses actes dans le cadre de son milieu de travail impliquent que seul ce professionnel pourra poser ces actes; seul ce professionnel a la formation et la qualification requises pour poser ces actes. Cependant, le législateur doit être conscient qu'au fil des années, le champ d'exercice d'une profession évolue en fonction de la pratique quotidienne. Les lois professionnelles se doivent d'être le reflet de cette évolution lorsque celle-ci respecte les principes de protection de la population. Cet objectif premier des corporations professionnelles ne doit pas être confiné au rang d'un simple principe théorique. Il doit être appliqué dans l'exercice quotidien de toutes les professions. Les professionnels se doivent de voir en lui la raison d'être de la corporation dont ils sont membres. Ils devront également accepter d'oeuvrer en harmonie avec les autres corporations qu'ils sont appelés à côtoyer en raison de la grande connexité ou du chevauchement partiel de leurs champs d'activités. La collaboration entre professionnels est primordiale. On ne peut sans elle espérer une amélioration de la situation actuelle.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ARBITRE ET LA DÉTERMINATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN
VERTU DE L'ARTICLE 944.10 C.P.C.

Auteur(s) : Louis MARQUIS

Revue : RDUS, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : 219-234

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13411>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13411>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'ARBITRE ET LA DÉTERMINATION
DES DOMMAGES-INTÉRÊTS
EN VERTU DE
L'ARTICLE 944.10 C.P.C.**

par Louis MARQUIS*

Le caractère implicite du pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts a été reconnu par la jurisprudence récente. Cet article vise à démontrer la justesse de ce courant.

In recent cases, the power of the arbitrator to determine the amount of damages has been recognised as an implied term. This article is aimed at establishing the correctness of this trend.

*. Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	221
I - Le fondement du courant jurisprudentiel	222
(i) Un argument de structure	222
(ii) L'article 940 C.p.c.	225
II - Étude de la jurisprudence	227
(i) Dommages-intérêts moratoires	227
(ii) Dommages-intérêts compensatoires	233
(iii) Résumé	236
Conclusion	237

INTRODUCTION

L'arbitrage conventionnel, juridiction de droit commun. Sa réforme, intervenue en 1986 par le biais de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*¹, ne permet point d'en douter. Depuis, les tribunaux de droit commun ont entrepris le façonnement de cette nouvelle pièce législative, contribuant à leur manière à débarrasser l'institution de la marginalité dont son développement a longtemps souffert, le tout dans le but avoué d'en faire une réelle juridiction de substitution à la justice étatique². Actuellement, l'un des éléments de cette mise en oeuvre porte sur le pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 C.p.c.

De l'ensemble des décisions rendues jusqu'à maintenant à ce sujet ressort une préoccupation constante, à savoir l'incidence du contenu de la convention d'arbitrage sur la faculté de l'arbitre de statuer sur les dommages-intérêts. Malgré certaines prétentions à l'effet que:

«[...] si le tribunal saisi d'un litige peut accorder l'intérêt et l'indemnité additionnelle parce que le pouvoir de le faire lui est accordé par la loi, par contre les arbitres saisis d'un litige, ne détenant leur compétence que de la convention des parties, ne peuvent accorder l'intérêt et l'indemnité que si la convention d'arbitrage le prévoit expressément [...]»³,

les tribunaux semblent plutôt avoir considéré ce pouvoir comme un acquis implicite au bénéfice, en principe, de tout arbitre. Cette inclination nous paraît juste. Nous tenterons, dans la première partie de ce texte, d'en expliquer la raison d'être (I), pour ensuite aborder les quelques jugements à l'origine de ce mouvement (II).

1. L.Q. 1986, c. 73, entrée en vigueur le 11 novembre 1986.

2. Voir par exemple les propos suivants du juge Monet dans l'affaire *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), à la page 2785: «L'argumentation de l'appelante touchant la question de l'ordre public suppose, me semble-t-il, que l'arbitrage soit une dérogation au droit commun. Soit dit avec déférence, tel n'est pas le cas. L'arbitrage, créant une juridiction privée, est maintenant un contrat autonome, nommé et réglementé au code. L'article 1926.1 le définit. La convention d'arbitrage est distincte du contrat dans lequel elle est contenue (art. 1926.5). Aussi, une interprétation large et libérale s'impose en la matière, comme l'enseigne le professeur Brierley. C'est pourquoi il faut être sur ses gardes lorsqu'on consulte la jurisprudence antérieure à la réforme.» (références omises)

3. *Renwick of Canada Inc. c. Investissements Admasa Inc.*, [1990] R.J.Q. 1353, 1356 (C.S.) (en appel). Les parties étant désignées ci-après comme *Renwick* et *Admasa*.

I - Le fondement du courant jurisprudentiel

Comme point de départ, formulons la question suivante, à partir de la prétention citée en introduction: l'article 944.10 C.p.c. exige-t-il que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur les dommages-intérêts soit prévu expressément dans la convention d'arbitrage? À notre avis, une réponse négative s'impose, à la lumière de la structure même de cette disposition (i) et de son caractère supplétif, attribué par l'article 940 C.p.c. (ii).

(i) Un argument de structure

Référons-nous d'abord au texte de l'article 944.10 C.p.c.:

«Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiabes compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.»

L'agencement de ses différentes composantes fait en sorte de reconnaître aux parties une autonomie considérable dans le choix des normes applicables au fond du différend⁴. «Dans tous les cas» en effet, c'est-à-dire que les arbitres disposent du différend sur la base de «règles de droit» ou «en qualité d'amiabes compositeurs», ils doivent respecter «les stipulations du contrat». Les auteurs Craig, Park et Paulsson décrivent ainsi le pourquoi d'un tel impératif, dans une de ses perspectives d'application, celle de l'arbitrage commercial international:

«[...] international arbitrators have every reason to reflect on the practical reality that one of the reasons for choosing arbitration is to avoid an overly legalistic approach to the solution of commercial conflicts. Businessmen frequently feel that courts do not understand the realities of trade and commerce. Arbitrators, whose mission is derived from the parties' contract should, and generally do, give

4. Le principe de l'autonomie de la volonté transcende en réalité tout le nouveau droit de l'arbitrage conventionnel. Comme le dit Brierley, «[l']autonomie des parties ou de l'arbitrage lui-même doit, bien sûr, s'incliner devant les dispositions d'ordre public du droit québécois, mais l'idée de l'autonomie des parties et des arbitres reçoit une expression maximale dans la nouvelle législation». John E.C. Brierley, «Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage», (1987) 47 *R. du B.* 259, 263 et 264.

preference to the rules the parties established for their relationship, i.e. the terms of the contract»⁵.

«Dans tous les cas» également, les arbitres doivent prendre en considération les «usages applicables», la loi ouvrant dès lors officiellement la porte du droit québécois à, entre autres choses, la *lex mercatoria*, ensemble mouvant de règles coutumières, né tout naturellement des besoins de spécificité du commerce international⁶.

En somme, on peut retenir de ce qui précède que l'application des deux premiers alinéas de l'article 944.10 C.p.c. doit inévitablement passer par le filtre constitué par le troisième alinéa de la même disposition.

Isolons maintenant la proposition «et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts» pour la confronter au segment exigeant que les arbitres «décident conformément aux stipulations du contrat». On pourrait être tenté de dire que dans la mesure où le mot «stipulations» s'entend d'énonciations expresses, la particule «s'il y a lieu» signifierait que le pouvoir de l'arbitre de décider des dommages-intérêts devrait nécessairement faire l'objet d'un signalement explicite dans la convention d'arbitrage. Il n'en est rien pour trois raisons.

D'abord, il faut considérer que l'utilisation du terme «stipulations» n'exclut aucunement la possibilité qu'au travers des mentions expresses d'une entente puissent se dissimuler des traces de volontés implicites. Il n'y a en fait aucune raison pour qu'un contrat, parce qu'il prend la forme d'une convention d'arbitrage, se singularise au point de limiter son contenu aux seules données qui soient explicites⁷.

Ensuite, il s'agit là d'un raisonnement qui nous apparaît créer une anomalie inacceptable à l'intérieur d'un texte de loi, la redondance. Comme l'ont exposé les arbitres dans l'affaire *Beaudry c. 151444 Canada Inc.*:

-
5. W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2d ed., New York, Oceana Publications Inc., 1990, p. 293. Ils faisaient alors référence à l'article 13 al. 5 du *Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, qui se lit comme suit: «Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages applicables.»
 6. La *lex mercatoria* a été l'objet de nombreuses études ces dernières années. Pour un avant-goût, voir les textes de Berthold Goldman et de Antoine Kassis dans Nabil Antaki, Alain Prujiner (dir.), *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, publiés respectivement aux pages 103 et 133.
 7. Sur le contenu obligationnel du contrat, voir Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais Inc., 1989, p. 240 et suiv.

«Le premier paragraphe de l'article 944.10 du Code de procédure civile auquel il a été fait allusion donne précisément à un tribunal d'arbitrage le pouvoir de déterminer les dommages-intérêts «s'il y a lieu». Si le législateur avait voulu que seules les stipulations du contrat permettent à un tribunal d'arbitrage de statuer sur la question des dommages et intérêts, il n'aurait pas été nécessaire de le mentionner au premier paragraphe de l'article 944.10 C.p.c. puisque le troisième paragraphe du même article lui donne un tel pouvoir («Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat»). Le fait d'avoir donné aux arbitres le pouvoir explicite de statuer sur les dommages-intérêts dans la même phrase où il leur est conféré le pouvoir de trancher «le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriés (sic)» indique bien que les tribunaux d'arbitrage ont compétence en la matière, le législateur ne s'exprimant pas pour ne rien dire»⁸.

En d'autres mots, cette façon de voir rendrait inutile l'expression «s'il y a lieu», puisque son effet serait déjà couvert par le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c.; on serait parvenu à un résultat identique même en son absence. Elle doit donc, par la force des choses, recevoir un autre sens.

Finalement, la rédaction du second alinéa de l'article 944.10 C.p.c. réaffirme l'idée selon laquelle la mise à l'écart des règles de droit en faveur de l'amiable composition dépend nécessairement d'un accord exprès ou d'une intention sans équivoque manifestée par les parties⁹. Dès lors, par simple comparaison avec le premier alinéa, on remarque aisément que pareille obligation n'existe pas relativement à l'item des dommages-intérêts.

En définitive, une seule constatation nous semble acceptable dans les circonstances: l'article 944.10 C.p.c. ne commande pas que le pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts soit mentionné expressément dans la convention d'arbitrage. Cette conclusion soulève immédiatement une autre interrogation: se pourrait-il dès lors que ce pouvoir en soit un de nature implicite? Il est permis de répondre affirmativement à cette question par le truchement de l'article 940 C.p.c.

8. C.S. Montréal, 500-05-007202-904, le 4 juillet 1990 (J.E. 90-1257), j. Pierre A. Michaud, pp. 19 et 20 (en appel). Les parties étant désignées ci-après comme *Beaudry* et *151444 Canada*.

9. John E.C. Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] *C.P. du N.* 507, 558. *Sport Maska c. Zittler*, (1988) 1 R.C.S. 564, 614 et 615. Par exemple, dans *Beaudry c. 151444 Canada*, la convention d'arbitrage prévoyait ceci: «Les arbitres désignés statueront comme amiables compositeurs». *Supra*, note 8, p. 5.

(ii) L'article 940 C.p.c.

Il prévoit ceci:

«Les dispositions du présent titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.»

Bien que la loi nouvelle permette aux parties, dans une très large mesure, de modeler à leurs besoins l'arbitrage devant disposer de leur différend¹⁰, il reste possible que, pour diverses raisons, elles n'aient pas profité de cette opportunité¹¹. L'article 940 C.p.c. vient alors à la rescousse. Assumant en matière d'arbitrage une fonction similaire à celle remplie par l'article 1024 C.c. au niveau du droit des obligations, il incorpore à la convention toute une série de règles - dites supplétives parce qu'elles suppléent totalement ou partiellement au silence des parties - de façon à assurer le bon déroulement de l'arbitrage¹². Parmi ces règles figure la proposition «et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts» que nous venons d'étudier. Le contenu de la convention d'arbitrage s'étend donc jusqu'à inclure implicitement le pouvoir de l'arbitre de statuer sur les dommages-intérêts, lequel s'exercera cependant «s'il y a lieu», c'est-à-dire, s'il convient d'en user¹³. Voilà une formule dont les justices

10. Voir aussi l'article 1926.6 C.c.: «Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile.» Préséance est donc donnée à la volonté des parties.

11. Dans le cadre de son commentaire sur la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* adoptée le 21 juin 1985 par la C.N.U.D.C.I., dont s'est inspiré le législateur québécois pour réformer le droit québécois en la matière, Gerold Herrmann donne quelques exemples de motifs pouvant expliquer le silence des parties au sujet de la procédure d'arbitrage: «Perhaps they were unable to agree. Perhaps they were content with a bare commitment to arbitration. Perhaps they did not envisage or consider certain procedural issues which later became relevant.» Gerold Herrmann, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Introduction General Provisions» dans Petar Sarcevic (dir.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1989, p. 3, à la page 11.

12. Toujours au sujet de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, Herrmann poursuit: «By providing a skeleton set of rules, it ensures that an arbitration may get started and proceed efficiently to the final resolution of the dispute even if the parties have not agreed on the necessary procedural rules. After all, this goes a long way towards meeting one of the earlier diagnosed concerns or pitfalls, namely that difficulties or delays may result from the lack of non-mandatory law provisions in point.» *Ibid.*

13. Pour les fins de cette section du texte, nous avons supposé que l'inclusion des règles du Code de procédure civile à la convention d'arbitrage résultait d'un silence des parties sur cette question. Il reste que l'incorporation peut aussi résulter d'un choix exprès en ce sens, tel qu'il ressort de cette clause, fréquemment rencontrée à l'intérieur de conventions d'arbitrage: «Quant au reste, la procédure à suivre est celle prévue au Code de procédure

arbitrale et étatique ont déjà commencé à tracer les contours, en fonction des bases établies par les articles 940 et 944.10 C.p.c. Examinons-en les marques perceptibles à ce jour.

II - Étude de la jurisprudence

Nous effectuerons cette analyse en envisageant successivement l'octroi par l'arbitre de dommages-intérêts moratoires (i) et compensatoires (ii).

(i) Dommages-intérêts moratoires

Le jugement le plus élaboré au chapitre des dommages-intérêts moratoires est certes celui prononcé dans l'affaire *Renwick c. Admasa*¹⁴.

Un tribunal arbitral avait été constitué afin de trancher un différend découlant de l'exécution d'un contrat de vente de marchandises. Une sentence est prononcée par laquelle *Admasa* est condamnée à payer à *Renwick* une certaine somme d'argent avec intérêts, ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1078.1 C.c. *Renwick* dépose une requête en homologation de cette décision, contestée par *Admasa* mais seulement en ce qui a trait à l'octroi des intérêts et de l'indemnité additionnelle.

Saisie du dossier, la Cour supérieure accueille le moyen de la requérante, en dépit du fait que ni le contrat principal, ni la convention d'arbitrage non plus que le compromis ne faisaient allusion au paiement d'intérêts et de l'indemnité additionnelle. Aux yeux de l'honorable juge Benoît, cela ne constituait pas pour autant un empêchement à ce que l'arbitre exerce son pouvoir de déterminer les dommages-intérêts conféré par l'article 944.10 C.p.c. De son raisonnement, on peut déduire trois facteurs majeurs l'ayant amené à conclure dans ce sens.

Premièrement, la nature même des dommages-intérêts moratoires, qui découlent directement du retard apporté par un débiteur dans l'accomplissement de son engagement¹⁵. Ce lien intime, serré, entre l'obligation et les intérêts issus du retard à son exécution, pousse le juge Benoît à dévoiler ainsi une partie de sa pensée:

«Je préfère considérer l'intérêt comme le fruit du capital appartenant au propriétaire par droit d'accession et, par conséquent, je ne peux me

civile, L.R. 1977, c. C-25.»

14. *Supra*, note 3.

15. Pour une analyse récente de la jurisprudence sur le sujet, voir Vincent Karim, «Les dommages-intérêts moratoires et l'indemnité additionnelle», [1990] *R. du B.* 1009.

convaincre qu'il aurait fallu spécifiquement mentionner dans le compromis l'intérêt comme objet du différend sous l'ancien article 950.

Je trouve confirmation de mon opinion dans le texte de l'actuel article 946.4 en ce sens que, si le différend visé dans la convention d'arbitrage porte sur l'endettement ou non d'une partie envers l'autre, il entre nécessairement dans les prévisions que l'intérêt légal puisse être accordé.

La législation de 1986 a explicité ce qui était implicite dans la législation antérieure. [...] Aussi suis-je d'avis que les arbitres avaient le pouvoir sous l'ancienne loi et ont le pouvoir sous le droit actuel d'accorder l'intérêt au taux légal et que, en ce faisant, ils n'adjugent pas sur un différend étranger à la dispute et ne rendent pas une décision annulable»¹⁶.

Bref, dans la mesure où un arbitre est compétent pour disposer d'un différend relatif à une obligation donnée, il le serait également pour octroyer les dommages-intérêts moratoires qui y sont reliés, sans qu'il soit nécessaire de dire expressément dans la convention d'arbitrage ou ailleurs que ces derniers sont une facette de ce différend.

Il s'agit là d'une position qui mérite d'être retenue. D'une part, elle correspond parfaitement à ce qu'on peut présumer constituer un désir interne du point de vue de la volonté des parties d'autoriser non seulement l'arbitre à décider du sort de la réclamation à titre principal, mais aussi d'une question accessoire comme les dommages-intérêts moratoires. Il est en fait difficile de comprendre pourquoi, dans une telle situation, des parties auraient eu suffisamment confiance dans le système arbitral pour le principal et pas assez pour l'accessoire. D'autre part, elle contribue, avec d'autres éléments, à faire de l'arbitrage un mode efficace de règlement puisqu'elle évite au créancier de devoir réclamer son dû en intérêts par le biais d'autres procédures.

Deuxièmement, la Cour relève que la décision des arbitres ne résulte que d'une simple référence aux normes applicables au fond du différend:

«Les arbitres qui arrivent à déterminer qu'un montant est dû par une partie à l'autre ne font qu'appliquer les principes de droit appropriés, ou qu'ils jugent tels, lorsqu'ils décident que le montant payable portera intérêts au taux légal. Dans le présent arbitrage, les arbitres ont accordé l'intérêt légal prévu à l'article 1077 C.C. Au plus, peut-on

16. *Supra*, note 3, p. 1357.

suggérer qu'il aurait été déraisonnable, outre qu'illégal, d'accorder l'intérêt à un autre taux»¹⁷.

Ces propos ne font que confirmer une réalité qui nous paraîtra de plus en plus familière. La loi nouvelle rend l'arbitre capable de jouer le rôle d'un juge, à l'intérieur d'une juridiction autonome. Les quelques exceptions à ce principe sont d'ailleurs formulées dans des termes nettement limitatifs¹⁸. Dans le cadre de cet office, l'arbitre est habilité à tirer des règles applicables au fond de l'affaire les mêmes conséquences qu'en tirerait un juge. En l'occurrence, les arbitres ont conclu à bon droit qu'ils devaient se rapporter à l'article 1077 C.c. Leur geste n'a rien d'anormal dans les circonstances¹⁹.

Finalement, et ce point concerne spécifiquement l'indemnité additionnelle, la Cour a validé la démonstration des arbitres voulant que la sentence arbitrale soit assimilable au mot «jugement» utilisé à l'article 1078.1 C.c.²⁰. À notre avis, le bien-fondé de cette intégration ne saurait faire de doute.

Il était en effet superflu pour le législateur québécois de procéder, au moment de la réforme de 1986, à toute une série de modifications dans le vocabulaire des textes de lois pour les adapter aux changements préconisés au chapitre de l'arbitrage. Au contraire, en raison du statut novateur de juridiction de «droit commun» de l'arbitrage²¹, le langage particulier de la loi nouvelle allait nécessairement se fondre, au besoin, dans celui du «droit commun». Ainsi, pour reprendre le cas de l'article 1078.1 C.c., les termes «demande en justice» et «jugement» trouvent leurs équivalents naturels dans «l'avis d'arbitrage» (art. 944 C.p.c.) et la «sentence arbitrale» (art. 945 et suiv. C.p.c.), de telle sorte qu'il sied d'admettre qu'un arbitre puisse attribuer l'indemnité additionnelle à un créancier. Comme illustration supplémentaire, on peut très bien supposer que l'avis

17. *Ibid.*

18. Par exemple, l'article 940.3 C.p.c. qui stipule: «Pour toutes les questions régies par le présent titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit.»

19. On peut toutefois penser sérieusement que cela n'aurait pas été le cas s'ils avaient déduit du silence du contrat de vente sur le paiement d'intérêts, le fait que ces derniers n'étaient pas dus.

20. «Comme on le voit, les arbitres ont douté de leur pouvoir d'accorder l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1078.1 C.C. parce que cet article traite de jugement accordant un montant. Ils l'ont accordée en considérant que le montant par eux fixé est un montant accordé par jugement vu qu'il acquiert la force exécutoire d'un jugement par l'homologation. À mon avis, les arbitres ont raison.» *Supra*, note 3, p. 1358.

21. Sur ce nouveau statut de l'arbitrage, voir les articles suivants: John E.C. Brierley, *supra*, note 9, p. 523; Louis Marquis, «La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire», (1990-91) 21 R.D.U.S. 303; Louis Marquis, «Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales: un regard sur les impressions dégagées par les premières esquisses jurisprudentielles», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1991, p. 65.

d'arbitrage possède un effet identique à la demande en justice quant à l'interruption de prescription (art. 2224 C.c.).

La décision du juge Benoît fut à la base d'un récent jugement de la Cour du Québec. Dans *Larue c. Rioux*²², un comité d'arbitrage de comptes avait condamné un client à verser à son avocat un montant de 4 656,33 \$ avec intérêts. L'intimé s'objectait à l'homologation de la partie de la sentence relative aux intérêts au motif que l'entente intervenue entre les parties était muette à ce sujet. La Cour rejeta sa prétention:

«Ainsi, si l'on doit reconnaître que les intérêts au taux légal constituent des dommages-intérêts moratoires résultant du seul fait du retard pour le débiteur à payer son créancier et que l'article 944.10 du *Code de procédure civile* s'applique au comité d'arbitrage du Barreau du Québec en tant que disposition législative complétive, alors il y sied d'affirmer qu'un tel comité d'arbitrage peut accorder des intérêts légaux»²³.

Si l'arrêt ne nous apprend rien de vraiment nouveau²⁴, il demeure toutefois d'un intérêt indéniable en ce qu'il vient appuyer très clairement le jugement rendu dans *Renwick c. Admasa*²⁵, contribuant ainsi à renforcer le courant jurisprudentiel initié par cette affaire.

Glissons maintenant quelques mots sur le cas de *Zurich Compagnie d'assurances c. Daoust*²⁶, où la Cour a considéré qu'en vertu du contrat d'assurances et de la convention d'arbitrage liant les parties, les arbitres ne pouvaient accorder de dommages-intérêts moratoires ni d'indemnité additionnelle²⁷. À la base de la décision se trouvent les propos suivants du juge Chabot:

«... l'article 944.10 C.p.c. ne prétend pas confier à l'arbitre plus de compétence que ne lui en accorde le contrat entre les parties»²⁸.

22. [1991] R.J.Q. 559 (C.Q.).

23. *Id.*, 563.

24. Hormis le sens particulier donné, dans les circonstances, à l'expression «règles de droit» présente dans l'article 3.03.09 du *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 9.

25. *Supra*, note 3.

26. C.S. Montréal, 500-05-002733-895, le 13 décembre 1989, j. Jean-Jude Chabot. Les parties étant ci-après désignées comme *Zurich* et *Daoust*.

27. Le jugement traite également du pouvoir des arbitres relativement à l'octroi de dommages-intérêts compensatoires. Voir, *infra*, p. 17. Il fait suite à une décision des arbitres sur leur compétence, dont *Zurich* demanda la révision en vertu de l'article 943.1 C.p.c.

28. *Supra*, note 26, p. 8.

Plus loin, il étaye sa pensée:

«Le dernier alinéa précise que *«dans tous les cas»*, les arbitres «décident» (dans la version anglaise «shall ... decide») «conformément aux stipulations du contrat» en tenant compte des «usages applicables». Ainsi, dans tous les cas, la compétence de l'arbitre ne s'étend qu'à ce qu'ont prévu les parties dans leur contrat, compte tenu des usages applicables. Lorsque le premier alinéa de l'article mentionne que les arbitres «tranchent le différend ... et, s'il y a lieu (dans la version anglaise «where applicable»), déterminent les dommages-intérêts», *ce pouvoir ne peut être exercé que dans la mesure où le contrat leur accorde ce pouvoir*. Cela dépend du contrat et de la clause compromissoire»²⁹. (nos italiques)

Il ne faudrait pas se laisser gagner par les impressions pouvant se dégager d'une lecture littérale de cet extrait et le placer en opposition avec la position défendue depuis le début de la présente chronique.

Certes, le juge Chabot dit bien «ce pouvoir ne peut être exercé que dans la mesure où le contrat accorde ce pouvoir», alors que nous nous sommes efforcés de démontrer qu'il y était déjà. Mais ce passage ajoute plus qu'il n'empiète sur les observations faites antérieurement. Selon nous, il met ceci en évidence: le concours des articles 940 et 944.10 C.p.c. conduit à inclure implicitement dans la convention d'arbitrage le pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts. Or, cette incorporation n'est pas impérative. Elle ne saurait en conséquence résister à une intention à l'effet contraire exprimée par les parties. Bien que la mise en oeuvre de cet énoncé nous apparaisse douteuse en l'espèce³⁰, il s'avère en accord avec l'article 940 C.p.c., lequel précise que les dispositions subséquentes - dont celle sur les dommages-intérêts - «s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires». Inédit jusqu'à tout récemment, il sera intéressant de voir quelle portée lui accordera la jurisprudence future.

29. *Id.*, pp. 8 et 9.

30. La convention prévoyait notamment l'arbitrage «en cas de contestation portant sur la nature, l'étendue ou le montant des dommages ...». Le juge Chabot, par l'interprétation des documents contractuels a conclu qu'en l'espèce, l'assureur ne pouvait être en retard dans le paiement de l'indemnité avant que les arbitres aient décidé du montant de la perte. En toute déférence, cette opinion nous apparaît déroger à l'article 2575 C.c., frappé d'ordre public (art. 2500 C.c.): «L'assureur doit payer l'indemnité dans les soixante jours de la réception de l'avis de sinistre ou de la réception des renseignements ou pièces justificatives requis par l'assureur.» Le texte des articles 2572 et 2573 C.c. nous incite à croire qu'une sentence arbitrale ne constitue pas un avis de sinistre et qu'elle n'est pas comprise dans les renseignements ou pièces justificatives pouvant être requis par l'assureur.

Pour l'instant, les considérations issues des affaires *Renwick*³¹ et *Larue*³² nous incitent à croire que le domaine d'application du pouvoir de l'arbitre en matière de dommages-intérêts moratoires et d'indemnité additionnelle devrait être passablement étendu, surtout si l'on tient compte d'un autre facteur: le fait que très souvent les sentences arbitrales consistent en des condamnations à payer des sommes d'argent³³.

(ii) Dommages-intérêts compensatoires

Une affaire retiendra surtout notre attention.

Il s'agit de *Beaudry c. 151444 Canada*³⁴, qui tourne autour d'une prétendue rupture injustifiée d'un contrat d'emploi. Un tribunal arbitral, constitué aux fins de départager le pour et le contre entre les parties impliquées, accueille partiellement la demande du requérant. Lors de la présentation par ce dernier de la requête en homologation de la sentence arbitrale, l'intimée s'y oppose relativement aux conclusions la condamnant à une somme 70 385 \$ à titre de compensation pour l'exercice financier 1988-1989 et à un montant de 50 000 \$ pour abus de droit.

La Cour rejette l'argumentation de l'intimée à l'appui de sa contestation. Sur le premier chef de dommages, elle opine que:

«Le contrat n'ayant pas prévu l'hypothèse d'un congédiement sans cause, les arbitres, qui avaient mandat de trancher tous litiges auxquels la convention pouvait donner droit, devaient fixer une indemnité juste et équitable pour tenir lieu du délai-congé. Ayant le pouvoir d'agir à titre d'amiables compositeurs, ils ont dû suppléer au silence du contrat. Dans ce contexte, le Tribunal ne voit pas comment il pourrait valablement intervenir sur cette conclusion, sans se pencher sur le fond du litige»³⁵.

Sur le second chef, la Cour conclut que les arbitres ont, dans le cadre de leur compétence définie par la convention d'arbitrage, procédé à une application acceptable des normes de fond.

31. *Supra*, note 3.

32. *Supra*, note 22.

33. «The type of award most often made by an international arbitral tribunal is one which directs the payment of a sum of money by one party to the other». Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration, International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986, p. 273. La remarque vaut aussi en droit interne.

34. *Supra*, note 8.

35. *Id.*, p. 18.

Concernant la portée du contrat d'emploi sur l'octroi de dommages-intérêts compensatoires, il sera suffisant, pour les fins de la présente discussion, de garder une chose à l'esprit: en l'espèce, les arbitres jouaient le rôle d'amiables compositeurs. C'est là un facteur important puisqu'il leur assurait une marge de manoeuvre plus grande dans la recherche de solutions au litige³⁶. Par contre, l'objet du différend qu'on leur soumettait et la décision en découlant, à savoir, un congédiement sans cause entraînant une condamnation à des dommages-intérêts compensatoires, devaient cadrer dans cette définition de la compétence des arbitres prévue à la convention d'arbitrage:

«Tous les litiges auxquels la présente convention pourrait donner lieu, tant pour sa validité que pour son interprétation, son exécution ou sa résiliation, seront résolus par voie d'arbitrage; [...]»³⁷

En l'occurrence, les termes utilisés couvraient très certainement le différend et, en raison du pouvoir implicite des arbitres de déterminer les dommages-intérêts, le dispositif de la sentence. Tel ne sera cependant pas toujours le cas. Pour revenir quelques instants à l'affaire *Zurich c. Daoust*³⁸, il est pour le moins discutable que les arbitres se soient crus compétents pour accorder aux assurés des dommages-intérêts compensatoires en plus de l'indemnité d'assurance. Citons le passage pertinent de la convention d'arbitrage:

«13. Contestation - Arbitrage (A. 2587)

En cas de contestation portant sur la nature, l'étendue ou le montant des dommages ou sur la suffisance du remplacement ou de la réparation, et indépendamment de tout litige mettant en cause la validité du contrat, un arbitrage doit intervenir.

Dès lors:

- a) *chaque partie nomme un expert;*
- b) les deux experts ainsi nommés:
 - i) s'adjoignent un arbitre désintéressé;

36. En d'autres circonstances, c'est-à-dire lorsque la sentence doit reposer sur des normes de droit, il faudra s'assurer que, de concert avec l'entente principale, ces normes ouvrent la voie à une réclamation monétaire. Voir *Leisure Products Ltd c. Funwear Fashions Inc.*, C.S. Montréal, 500-05-006197-881, le 18 octobre 1988 (J.E. 88-1394), j. Lyse Lemieux, tout particulièrement aux pages 6 et 7.

37. *Supra*, note 8, p. 4. Le tout pour éviter que l'arbitre ne rende une sentence nulle pour défaut de juridiction.

38. *Supra*, note 26.

- ii) *opèrent en commun pour l'estimation des dommages, établissant séparément ceux-ci et la valeur vénale des biens, ou pour l'appréciation ou la suffisance des réparations ou du remplacement;*
- iii) *en réfèrent à l'arbitre en cas de désaccord*³⁹.

Globalement, la fonction des arbitres consiste à disposer de mésententes reliées directement au quantum des dommages subis par l'assuré, y compris la question des dommages-intérêts moratoires suivant les considérations développées dans la section précédente. En tant que telle, la clause ne va pas jusqu'à couvrir les cas de responsabilité contractuelle de l'assureur réparables par le biais de dommages-intérêts compensatoires⁴⁰.

Une dernière remarque s'impose. On déduit du jugement que le requérant avait, d'une manière ou d'une autre, formellement réclamé une compensation monétaire pour le préjudice qu'il avait subi. On ne saurait trop insister sur la sagesse, sinon l'aspect fondamental de ce geste. Il permet d'une part de circonscrire le débat litigieux, élément vital au bon déroulement du contradictoire⁴¹. D'autre part, il diminue le risque que l'arbitre statue *infra* ou *ultra petita*⁴².

(iii) Résumé

En somme, l'expression «s'il y a lieu» employée à l'article 944.10 C.p.c. recouvre au moins deux facettes. D'abord, en conformité avec l'affaire *Zurich*⁴³, elle suppose que le pouvoir de détermination des dommages-intérêts existe bel et bien, ce qui se produira à défaut de «stipulations contraires». Ensuite, une fois l'existence du pouvoir établie, elle implique qu'il soit exercé correctement, eu égard aux particularités contractuelles et légales de chaque litige soumis à l'arbitrage. Les affaires *Renwick*⁴⁴ et *Larue*⁴⁵ constituent à l'heure actuelle les illustrations les plus probantes de ce second principe au niveau des dommages-

39. *Id.*, p. 2.

40. Par exemple, le préjudice subi par l'assuré en raison du défaut de l'assureur de verser dans les délais requis l'indemnité d'assurance.

41. Voir la procédure prévue aux articles 944 et suiv. C.p.c.

42. Il est possible de remédier à l'*infra petita* par le biais de la procédure prévue au paragraphe 3 de l'article 945.6 C.p.c.

43. *Supra*, note 26.

44. *Supra*, note 3.

45. *Supra*, note 22.

intérêts moratoires et de l'indemnité additionnelle; *Beaudry c. 151444 Canada*⁴⁶
se qualifie aussi de cette façon, pour les compensatoires.

CONCLUSION

Le rajeunissement législatif dont a bénéficié l'arbitrage, élément déclencheur d'un processus d'appropriation et de valorisation de ce mode de règlement des conflits dans les diverses sphères d'activités de la société québécoise, engendre des développements jurisprudentiels de plus en plus substantiels. La convention d'arbitrage réussit à elle seule à constituer le pivot de plusieurs d'entre eux. Signe tangible de la dimension contractuelle de l'arbitrage, dernière-née des contrats nommés du Code civil, elle cueille inspiration chez son ascendant, le droit des obligations, lui procurant en retour une autre source d'enrichissement. L'insertion dans son contenu du pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts ne constitue qu'un exemple du genre de résultat auquel peut mener ce rapport. Sûrement un jour pourrons-nous dire, à l'instar de Jean Robert en France:

«C'est cet aspect contractualiste qui fait de l'arbitrage la branche la plus dynamique du droit des obligations»⁴⁷.

46. *Supra*, note 8.

47. Jean Robert, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 4.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'INTENSITÉ DE L'OBLIGATION JURIDIQUE OU DES OBLIGATIONS DE DILIGENCE, DE RÉSULTAT ET DE GARANTIE

Auteur(s) : Claude FERRON

Revue : *RDUS*, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : **239-246**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13412>

Page vide laissée intentionnellement.

**L'INTENSITÉ DE L'OBLIGATION JURIDIQUE OU
DES OBLIGATIONS DE DILIGENCE,
DE RÉSULTAT ET DE GARANTIE***

par Claude FERRON**

Quel est le progrès le plus considérable réalisé depuis le droit romain par la théorie des obligations? Belle question pour un examen de fin d'études adressée à un étudiant ayant reçu une formation civiliste! À laquelle il conviendrait de dire, comme l'a fait l'auteur Henri Mazeaud¹, que c'est «la distinction des obligations de prudence et diligence (ou obligations de moyens) et des obligations déterminées (ou obligations de résultat), qui est la clef de la plupart des difficultés en matière de responsabilité délictuelle et contractuelle [...]».

S'inspirant de l'ouvrage qui fait l'objet de la présente chronique, l'étudiant pourrait étayer sa réponse d'exemples tirés de divers domaines de l'activité socio-économique, comme l'appréciation de la responsabilité civile du restaurateur à la suite d'une intoxication alimentaire, de l'agent de voyages à la suite d'un projet de vacances raté, du transporteur de produits toxiques à la suite d'un déversement, de l'exploitant d'une station de ski quant à l'utilisation d'un remonte-pente ou de l'hématologiste quant à l'identification des maladies que doit révéler une analyse du sang. Ces personnes ont toutes en commun un devoir de sécurité à l'égard de la personne ou du bien d'autrui, mais leur obligation de réparation sera fonction de la qualification juridique de l'intensité de leur devoir préalable et de la façon dont elles s'en seront acquittées. Réduire l'obligation à son seul aspect de passif patrimonial serait tronquer la réalité; elle a un contenu matériel de droit substantif qui influe sur la possibilité d'une sanction.

De même, le notaire chargé de préciser dans un acte la nature des obligations du bailleur quant à la jouissance des lieux loués, l'avocat aux prises avec une question de surveillance de celui qui avait un comportement suicidaire, et le juge appelé à statuer sur de semblables litiges, trouveront avantage à utiliser

*. Paul-André CRÉPEAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 232 p., 34,50\$, ISBN 2-89073-726-8, KEQ365.C73 1989.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. MAZEAUD, H., «Reviews and Notices», (1957) 35 R. du B. can. 106, p. 107.

cette importante découverte qu'est la distinction des obligations selon leur intensité, pour rendre justice aux parties.

L'ouvrage dont il est ici question traite de cette préoccupation centrale et stratégique en droit des obligations que constitue l'exigence attachée à chaque prestation à l'intérieur d'un rapport juridique. Dans le cadre d'une entreprise de systématisation théorique, il illustre éloquemment que doctrine et jurisprudence sont des sources importantes de droit, en faisant accéder le lecteur à une mine d'informations, tant en droit québécois qu'en droit français.

Docteur en droit de l'Université de Paris, d'abord professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal de 1955 à 1959, l'enthousiasme de l'auteur pour la recherche l'amena ensuite à poursuivre sa carrière à l'Université McGill où, depuis 1975, il est directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. Homme d'une grande culture juridique, auteur de nombreuses publications en droit civil, boursier et titulaire de plusieurs distinctions, il fut président de l'Office de révision du Code civil du Québec de 1965 à 1977 et, en 1990, il fut élu président de l'Académie internationale de droit comparé. Que faut-il de plus pour faire partie du groupe sélect des grands, tant au pays qu'à l'étranger!

Les résultats de l'étude que l'auteur nous livre ici sont destinés à faire partie d'un *Traité sur les obligations*. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une compilation descriptive des principales connaissances disponibles sur le sujet à la date de publication. L'objectif visé et avoué est de *généraliser l'application de la trilogie de l'intensité à l'ensemble des obligations juridiques, quelle qu'en soit la source et quel qu'en soit l'objet*.

Depuis que l'auteur français Demogue a introduit, en doctrine, la classification des obligations de moyens et des obligations de résultat en 1925², celle-ci a essaimé dans la plupart des pays d'inspiration civiliste et s'est enrichie d'une troisième dimension, l'obligation de garantie. Elle s'est intégrée dans notre schème de pensée civiliste et représente un acquis indéniable de la science juridique du XX^e siècle. Sa morphologie s'est précisée et son vocabulaire s'est affiné. Par un choix qu'il partage avec le professeur André Tunc, l'auteur préfère retenir l'expression *obligation de diligence* comme composante de la trilogie, avec l'obligation de résultat et l'obligation de garantie.

Au premier coup d'oeil, l'impression qui se dégage en parcourant cet ouvrage est sa valeur probante. En effet, en plus d'une bibliographie sélective

2. DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923-1933, t. 5, no 1237, p. 536 et t. 6, no 599, p. 644.

de 7 pages placée au début du volume, le texte principal est suivi de 74 pages de notes - tenant lieu de notes infrapaginales - qui fourmillent de références doctrinales et jurisprudentielles puisées tant au droit québécois qu'au droit français, la plupart commentées ou avec citations à l'appui. Le chercheur qui veut creuser un point trouvera aussi dans les 4 premières annexes, totalisant 86 pages, une recension des auteurs et des arrêts qui ont fait référence expresse à l'un ou l'autre des paliers d'intensité dans le contexte de la trilogie; il appréciera notamment la classification par domaine d'activités faite dans les annexes contenant la jurisprudence, lesquelles renvoient à la fois aux notes et au texte principal dont les paragraphes sont numérotés. L'index alphabétique de la fin du volume ajoute aux facilités de repérage.

Même si seulement 60 des 232 pages constituent le texte principal de cette étude, il ne faut pas croire que la pensée de l'auteur est confinée dans cette partie et qu'il n'a pas su relever le défi de l'innovation. En plus de réaliser le tour de force de synthétiser un sujet aussi vaste, sans tomber dans l'exposé dogmatique au langage tranchant, l'auteur a su faire preuve d'une originalité et d'un bon sens critique qui se prolongent aussi dans les notes.

Outre l'introduction et la conclusion, l'étude est divisée en trois sections portant successivement sur la nature, l'intérêt pratique et les critères de classification de chacun des trois degrés d'intensité. Le lecteur est vite capté par la conception dynamique du canevas qui se limite à l'essentiel et qui renvoie aux notes pour l'élaboration de certaines précisions. La densité des propos reflète la complexité polysémique de la notion d'obligation. Si tous connaissent l'obligation de diligence du bon père de famille, qui connaît l'obligation du transporteur de choses comme une obligation de sécurité-résultat ou l'obligation du commettant comme une obligation de garantie? Dans la section sur l'intérêt de la classification, le lecteur découvrira le lien entre l'intensité et le fardeau de preuve, l'intensité et les régimes de responsabilité civile, l'intensité et le contenu obligationnel du contrat. L'auteur démontre notamment, à l'aide du tableau de la page 19, qu'en rapprochant les paliers d'intensité des règles de preuve, l'obligation peut être modulée en 9 régimes juridiques différents: 4 pour l'obligation de diligence, 3 pour l'obligation de résultat et 2 pour l'obligation de garantie. Cette donnée, même si elle est d'application inégale dans notre droit positif actuel, pourrait s'avérer fort utile dans la mise en oeuvre d'une politique juridique relative à l'indemnisation des créanciers. Dans le contexte des régimes de responsabilité, la qualification de principe selon laquelle toute responsabilité contractuelle impliquerait, selon le droit commun, une obligation de résultat, est habilement détruite par l'auteur dans sa critique de l'arrêt *Grieco*³. L'analyse du contenu obligationnel du contrat amène à constater que le niveau d'intensité

3. *Grieco c. Externat classique Ste-Croix*, [1962] R.C.S. 519, p. 524.

d'une prestation dépend de la commune intention des parties ou des dispositions supplétives de volonté indiquées par le législateur, sauf dans les cas où celui-ci a édicté des dispositions impératives.

C'est dans la section traitant des critères de classification que la démarche épistémologique de l'auteur est particulièrement développée. Celle-ci est divisée en deux parties, portant successivement sur les critères d'intensité en matière contractuelle et les critères d'intensité en matière extracontractuelle.

Fidèle à ses prises de position antérieures⁴, l'auteur demeure respectueux de la primauté du régime contractuel sur la théorie de l'option et du cumul. En l'absence d'une source expresse d'intensité applicable à une convention, c'est l'article 1024 C.c. qui doit, selon lui, servir de guide pour qualifier l'intensité de l'obligation. S'il est relativement aisé d'opérer semblable qualification en matière de contrats spéciaux, en se référant soit aux termes utilisés par le législateur soit aux moyens d'exonération offerts au débiteur, il en va autrement lorsqu'il s'agit des contrats innomés. Les critères reliés à la situation des parties ou au caractère de la prestation sont, il est vrai, insuffisants. Par contre, le critère technique de l'aléa du résultat, déjà proposé par la doctrine et repris ici, est nettement plus juste. Mais là où l'apport de l'auteur est vraiment original, c'est dans sa rhétorique sur *la finalité sociale de l'opération* comme paramètre de classification de l'obligation conventionnelle. Sous réserve d'une saine préoccupation quant à la sécurité juridique des parties, ce critère proposé par l'auteur est susceptible de combler toute lacune, aussi bien dans les dispositions législatives que dans les clauses contractuelles. Il en fait d'ailleurs voir les possibilités d'application concrète à propos de l'obligation implicite de sécurité, inhérente au contrat de transport de personnes et au contrat de soins médicaux ou hospitaliers.

L'accent mis par l'auteur sur la place de la trilogie et l'utilisation des critères d'intensité dans le domaine extracontractuel n'est cependant pas au même diapason que son exposé dans le domaine contractuel. À cet égard, son objectif de *généraliser l'application de la trilogie de l'intensité à l'ensemble des obligations juridiques quelle qu'en soit la source* n'est pas complètement atteint. Certes, notre droit positif est sous-développé en la matière mais, comme il le dit lui-même: «En droit civil, le véritable rôle de la doctrine n'est pas de suivre la jurisprudence, mais bien de l'inspirer»⁵.

4. Dans la liste des publications de l'auteur, à la page 136 de l'annexe I, on découvrira l'attachement indéfectible de celui-ci à la théorie du contrat, comme fondement de la responsabilité civile contractuelle.

5. Note 47-2, p. 94.

Il est vrai que sous l'angle de la facilité plus ou moins grande avec laquelle la responsabilité du débiteur sera engagée, l'ouvrage montre qu'aux présomptions légales de faute de l'article 1054 C.c. correspond une obligation de diligence renforcée, que l'obligation de garde d'un animal prévue à l'article 1055 C.c. comporte une intensité de résultat et que l'obligation de contrôle du commettant, selon l'article 1054 al. 7 C.c., est une obligation de garantie. Cependant, à propos de la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment prévue au 3^e alinéa de l'article 1055 C.c., l'auteur trébuche lorsqu'il estime que l'on est en présence d'une obligation de diligence, dans la mesure où l'entretien incombe au propriétaire lui-même, et d'une obligation de garantie lorsque la ruine résulte d'un vice de construction. Il oublie que tant le défaut d'entretien que le vice de construction peut être imputable soit au propriétaire, soit à un tiers. Si c'est le propriétaire lui-même qui est imputable de l'un ou de l'autre, la doctrine a déjà établi qu'il s'agissait d'une obligation de résultat⁶. Mais lorsque le défaut d'entretien ou le vice de construction doit être reproché à un tiers dont le propriétaire avait le contrôle, on est en présence d'une obligation de garantie comme dans le cas du commettant.

Par ailleurs, il est regrettable que pour illustrer la responsabilité de ce dernier qui, dit-il avec raison, «doit indemniser la victime d'une faute domma-geable de son préposé agissant dans l'exécution de ses fonctions»⁷, il ait cru bon de s'appuyer sur le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Lapierre*⁸. Les propos du juge Nadeau y sont, en effet, d'un tout autre ordre: «[...] force nous est de conclure, dit le magistrat, qu'il n'y a eu aucune faute que ce soit dans l'administration du vaccin pratiquée suivant les règles de l'art.»⁹. C'est sur la base d'une obligation résultant de l'opération de la loi seule, telle qu'édictee par l'article 1057 C.c., que la Cour supérieure a reconnu le droit de créance de la victime, plutôt qu'en tenant compte du rôle actif ou passif de celle-ci, comme le laisse entendre l'auteur¹⁰. L'ouvrage est d'ailleurs complètement silencieux sur la théorie de l'état de nécessité qui trouve son support législatif dans cette disposition de l'article 1057 C.c., et selon laquelle le préjudice encouru par une victime pour le bien de la collectivité doit être supporté par celle-ci, comme faisant partie des «obligations qui, en certaines circonstances, naissent de cas fortuits» aux termes de l'alinéa 5.

À notre avis, il serait possible d'extrapoler, dans le domaine extracontractuel, le critère de l'aléa du résultat et surtout celui de la finalité sociale,

6. HAANAPPEL, P.P.C., «Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité civile extracontractuelle», (1978) 24 R.D. McGill 635, p. 638.

7. No 20, p. 13 et 14.

8. *Lapierre c. P.G. du Québec*, [1979] C.S. 907.

9. *Ibid.*, p. 913.

10. No 70, p. 40 et note 70-7, p. 106.

comme facteur d'intensification de certaines obligations légales. Ainsi, l'obligation de bon voisinage, qui résulte implicitement de l'article 1057 al. 4 C.c., a déjà été reconnue comme une obligation de garantie, puisque: «Cette obligation existe même en l'absence de faute, et le propriétaire ne peut invoquer le cas fortuit ou la force majeure pour s'exonérer»¹¹. Les atteintes de plus en plus graves et nombreuses à la qualité de l'environnement ne pourraient-elles pas, aussi, générer une obligation de garantie, en application du principe du pollueur-payeur? L'aménagement de certains rapports sociaux touchant la sécurité physique de la personne ne mériterait-il pas d'être rehaussé au rang d'obligation de garantie, laquelle, selon le professeur André Tunc, «relève entièrement de la politique juridique, c'est-à-dire de considérations d'opportunité»¹²? Si, en matière contractuelle, comme l'exprime l'auteur¹³, le critère de la finalité sociale s'avère utile en regard de l'âge du créancier d'une obligation de sécurité ou de sa position de vulnérabilité devant une inégalité de fait certaine, pourquoi ne pourrait-il pas en être de même dans l'ordre extracontractuel? À cet égard, les professeurs Tancelin et Gardner, jurisprudence à l'appui, relèvent le paradoxe suivant: «La jurisprudence si peu encline à admettre un principe général de responsabilité légale sans faute en matière de dommages à la personne se montre beaucoup plus ouverte à l'idée d'une telle responsabilité en matière de dommages à la propriété»¹⁴.

Le critère de la finalité sociale est suffisamment fécond pour ouvrir de nouvelles avenues. Dans le domaine extracontractuel, son assise naturelle est l'article 1057 C.c. tout comme l'est l'article 1024 C.c. dans le domaine contractuel. Il amène à tenir compte des réalités sociales ou économiques, et des orientations qui doivent prévaloir dans la société à un moment donné de son évolution. L'essor qu'a connu la trilogie de l'intensité en matière contractuelle trouverait ainsi son prolongement logique dans le champ des obligations légales. Et, si la position des tribunaux devait demeurer inflexible quant à la reconnaissance de la théorie du risque, ceux-ci devraient, à tout le moins, tenir compte de l'impact de la classification bipartite première, conformément aux propos suivants: «L'impact de cette distinction se rencontre surtout dans les espèces où la preuve sur la faute est controversée. Le tribunal doit alors donner raison, en cas de doute, au demandeur si l'obligation est de résultat, au défendeur s'il s'agit d'une obligation de moyens»¹⁵.

11. *Supra*, note 6, p. 637.

12. TUNC, A., «Chronique sur la classification des obligations», (1964) 62 R.T.D.C. 96, p. 98.

13. No 78, p. 44 et no 79, p. 45.

14. TANCELIN, M. et GARDNER, D., *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, no 105, p. 311.

15. BAUDOUIN, J.-L., *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, no 27, p. 41.

Comme a su le démontrer l'auteur, l'institution juridique de la trilogie, d'origine française, a été et continue d'être reçue dans notre système juridique, en dépit des gains trop fréquents de la Common law à d'autres égards. Bien qu'il soit un savant comparatiste - ou peut-être surtout parce qu'il l'est - l'auteur sait défendre avec vigueur l'autonomie du droit civil, «sans qu'il soit nécessaire d'aller puiser dans les principes d'*Equity* du droit anglais»¹⁶. À propos de la règle du consentement éclairé dans le contrat médical¹⁷, il se fait même incisif à l'endroit d'un juge contemporain de notre Cour d'appel, en disant: «Selon une saine théorie des sources du droit civil des obligations, au nom de quels principes, de quelle règle de droit, un juge du Québec, de formation civiliste, peut-il déclarer, comme dans [...]»¹⁸. Aussi, dans l'annexe V de l'ouvrage, il témoigne de son attachement profond aux règles de droit civil, en retraçant l'origine de la règle de preuve anglaise dite *Res ipsa loquitur*, que la Cour suprême du Canada¹⁹ a erronément transformée en règle de fond, en la dénaturant, alors que notre droit civil codifiait, dès 1866, le régime des présomptions de fait.

La conclusion de l'ouvrage revêt les mêmes qualités de style que celles révélées depuis le début: vocabulaire précis, bonne syntaxe, paragraphes courts et excellente ponctuation. La construction est ferme et le métier, bien dominé, ne laisse rien au hasard. La rigueur de la pensée et la clarté de l'exposé conduisent naturellement le lecteur à la même constatation que l'auteur: la trilogie des obligations de diligence, de résultat et de garantie constitue bien une *summa divisio*, une distinction capitale qui chapeaute toute la théorie des obligations.

Pour avoir utilisé cette étude dans le cadre d'un cours de premier cycle sur la responsabilité civile des professionnels, nous sommes en mesure d'affirmer que c'est un excellent outil à mettre entre les mains des étudiants, qui pourront aussi y recourir par la suite à d'autres fins. Au plan historique, ils découvrent l'évolution du critère de distinction proposé à l'origine par M. Demogue et selon lequel, si le débiteur exerçait une profession, il n'assumait qu'une obligation de diligence, alors que s'il pratiquait un métier, il avait une obligation de résultat. Une analyse plus fine des activités d'une personne au sein d'une profession amena vite notre droit à rejeter le moule de cette qualification unique qui entraînait un traitement de faveur injustifiable. L'approche qui prévaut maintenant depuis longtemps cherche à plutôt isoler chaque prestation d'un rapport juridique, pour lui attribuer le critère d'intensité approprié. Ce

16. Note 14-7, p. 78.

17. No 93, p. 53.

18. Note 93-8, p. 123.

19. *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376, p. 381.

procédé, plus nuancé, est propice à d'intéressantes réflexions, comme la suivante: êtes-vous d'accord avec la dialectique selon laquelle l'obligation de l'anesthésiste, quant à l'obtention même de l'anesthésie, ne serait qu'une obligation de diligence, alors que l'obligation du notaire de procurer un acte authentique serait une obligation de résultat? Ne s'agit-il pas, dans l'un et l'autre cas, d'une prestation relevant de la technique professionnelle plutôt que l'art professionnel, justifiant ainsi l'intensité de résultat?

Sauf le bémol apporté précédemment quant au traitement du sujet dans le domaine extracontractuel, cet ouvrage ne contient pas d'erreur de fond. Dans la sous-section relative aux critères d'intensité en matière contractuelle, il y a cependant lieu de signaler deux omissions. La première a trait à l'énumération des actes qui exigent, à peine de nullité absolue, la forme authentique²⁰: aux conventions matrimoniales, à la constitution d'hypothèque et aux donations, il faudrait ajouter la déclaration de copropriété²¹. La seconde se rapporte aux propos sur la gratuité d'un service comme critère de finalité sociale²²: à ce sujet, il conviendrait de mentionner l'article 1710 al. 2 C.c., selon lequel la rigueur de la responsabilité résultant de la faute du mandataire peut être mitigée lorsque le mandat est gratuit. Quant aux nombreuses références jurisprudentielles, leur fiabilité ne peut généralement pas être mise en doute, malgré un certain nombre de coquilles dont nous avons fait part à l'auteur qui les a aimablement reçues. Une lecture attentive du texte principal permet aussi de déceler certaines perles d'orthographe²³, que l'on rencontre souvent dans les transcriptions faites mécaniquement²⁴ et qui échappent à une lecture courante.

De son côté, l'éditeur a fait un bon travail; graphisme adéquat et mise en page soignée, sur papier de bonne qualité, contribuent à mettre en valeur le contenu juridique de ce volume. Une couverture rigide ou mieux plastifiée l'aurait cependant aidé à résister aux épreuves des fréquentes manipulations.

20. No 56, p. 33.

21. Art. 441m C.c.

22. No 77, p. 44.

23. Comme, par exemple, le *locataire* commun au lieu du *locateur* commun, au no 56, p. 34.

24. C'est sans doute la raison pour laquelle l'auteur préfère écrire sa correspondance lui-même et à la main.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE ENTRE LA MALADIE MENTALE ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Auteur(s) : Louise LABRÈCHE-RENAUD

Revue : *RDUS*, 1991-1992, volume 22, numéro 1

Pages : **249-253**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13426>

Page vide laissée intentionnellement.

À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE ENTRE LA MALADIE MENTALE ET LA RESPONSABILITÉ PÉNALE*

par Louise LABRÈCHE-RENAUD**

L'aliénation mentale préoccupe depuis fort longtemps les juristes et tous les experts des sciences du comportement des sociétés occidentales. Pour s'en convaincre, il n'est qu'à se pencher sur l'abondante littérature à laquelle elle a donné naissance. En Occident, l'ancienne «folie» voulue par Dieu ou fruit des oeuvres sataniques a cédé la place, au XIX^e siècle, à la «démence» (droit français) ou à la «maladie de l'esprit» (droit anglais). La science ouvrait ainsi une véritable boîte de Pandore. Aujourd'hui nous avons à affronter un phénomène de désordre mental sérieux, pouvant revêtir des formes extrêmement variées, mais de plus en plus explicable au moyen des données de la science expérimentale. Associé à l'incapacité pénale, ce dérangement fait obstacle à l'application des règles normales de la responsabilité. En somme, le recours à la défense d'aliénation mentale permet à un malade mental d'éviter une déclaration de culpabilité s'il est jugé incapable de commettre une faute intentionnelle. En tenant compte des progrès scientifiques, chaque pays a adopté son approche, ses concepts, son mode d'analyse de la capacité perturbée de la personne apte à être exonérée. Dans le cadre de leurs institutions, chacun d'eux a aussi déterminé le sort des personnes ayant bénéficié d'un verdict de non-culpabilité dans ces cas. Ainsi, la France a adopté, à l'article 64 de son Code pénal, le concept de la «démence» pour rendre compte d'un tel phénomène pouvant porter atteinte au bon fonctionnement des facultés.

C'est de cette «démence» dont traite spécifiquement Ruth Harris, professeure d'histoire à l'Université d'Oxford. L'édition de poche de 1991 que nous avons consultée est en fait la reprise sans modification de l'oeuvre qu'elle a publiée en 1989 et qui rassemble les résultats de sa thèse de doctorat. Elle a abondamment puisé dans des sources manuscrites de première main, soit les dossiers judiciaires des Archives de la Préfecture de police (Paris) et de celles de la Seine, entre 1880 et 1892. En plus d'avoir consulté une quinzaine de revues et de périodiques associés à diverses sciences de même qu'une bonne douzaine de journaux d'époque, elle a fait un tour d'horizon complet de la littérature ancienne et contemporaine sur le sujet (230 auteurs environ), sa mise

*. Ruth HARRIS, *Murders and Madness Medicine, Law and Society in the fin de siècle*, New-York, Clarendon Press-Oxford, 1991, 366 p.

**., Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

à jour s'arrêtant en 1988. L'un de ses superviseurs n'était nul autre que Roger Smith, l'expert des procès victoriens en matière d'aliénation mentale¹.

Tout en nous familiarisant avec le système judiciaire français, avec ses juges d'instruction, ses jurés particuliers et une procédure de type inquisitoire, l'auteure nous demande de la suivre courageusement dans son approche systémique fort complexe, très dense, et surtout riche en réflexions et en constats de toutes sortes. On a tôt fait de réaliser la grande interaction des facteurs juridiques, politiques, économiques, sociaux et scientifiques permettant de bâtir les discours propres au droit et aux diverses sciences qui finissent, à notre grande surprise, par être complémentaires. En nous incitant à suivre l'évolution de trois professions, le droit, la médecine psychiatrique et la criminologie, et tout le débat entre les thèses volontariste et déterministe (biologique ou social), on en vient à conclure que la société républicaine anti-cléricale française de «la fin de siècle» diffère fort peu de la société moraliste victorienne. Serait-ce que de part et d'autre de la Manche, les mêmes causes produisent les mêmes effets?

Le fil conducteur semble être le pessimisme ou «désespoir culturel» qui assaille le monde scientifique à la fin du XIX^e siècle et qui s'exprime dans la théorie de la dégénérescence héréditaire et de la folie irréversible, donnant ainsi naissance aux «potentiellement dangereux» alors qu'on commence à douter de pouvoir jamais trouver un véritable traitement «moral» efficace. Au coeur de ces découvertes, les milieux professionnels vivent dans la crainte de l'abandon de l'ancien schéma des valeurs morales qu'ils ont pourtant dû prôner parce que, à leurs yeux de scientifiques, les règles métaphysiques ne suffisaient plus à rendre compte du désordre mental dans le cadre trop moral de la responsabilité pénale.

L'auteure fait aussi état des progrès des idéologies dominantes, à l'heure où l'utilitarisme et le positivisme juridique introduisent l'expertise médicale dans le système de justice. Dans tout ce décor évolutif où l'on assiste aux premières tentatives d'intervention de l'État-Providence, créateur d'asiles, et à l'arrivée des scientifiques français sur la scène parlementaire, la théorie classique de la responsabilité rivée au libre arbitre et au contrôle de soi a du mal à s'extirper de l'analyse juridique. Mais les questionnements se multiplient et on remet constamment sur la sellette le fondement moral du système judiciaire pénal. Voilà pour la toile de fond. Voyons maintenant un peu plus en détail comment l'historienne a pu en arriver à des conclusions nettes sur la période étudiée.

1. Roger SMITH, *Trial by Medicine: Insanity and Responsibility in Victorian Trials*, Edinburg, Edinburg University Press, 1981, 238 p.

Dans une substantielle et nécessaire introduction, l'auteure croit essentiel d'expliquer sa structure de développement. À défaut, il aurait manqué certaines explications qui auraient rendu l'ouvrage difficilement accessible à un public non initié. Elle en profite pour bien situer son point de départ au début du XIX^e siècle, au moment où le droit cherche à se détacher de l'exemplarité. La «mathématique morale», issue de l'utilitarisme des Beccaria et Bentham associée à la philosophie kantienne se complètent éventuellement par un certain programme de réhabilitation prôné par les premiers criminologues, sans pourtant faire abstraction de la punition. Dans un tel contexte où le coup d'envoi est donné à la science, elle nous présente des médecins non seulement guérisseurs mais aussi partisans d'une idéologie qui porte atteinte à la théorie de la connaissance telle que conçue par la religion, la philosophie et la théologie. C'est ce que l'auteure appelle la «médicalisation de la moralité». Les nouvelles théories de défense sociale qui s'ébauchent en viennent à créer un véritable paradoxe puisque les médecins, en voulant débarrasser la société des individus potentiellement dangereux, devront aussi dénoncer une formule de défense sociale qui menace les droits et libertés individuels! L'auteure en vient ainsi à dénoncer la faiblesse des rôles assignés à la médecine et à la criminologie. Dans le premier cas, les médecins organiseront la classification des symptômes sans suggérer de nouvelles techniques thérapeutiques. De leur côté, les criminologues se pencheront sur les causes de la criminalité, mais omettront de s'en servir pour promouvoir une réforme des structures sociales ou institutionnelles. En lieu et place, tous se concentrent sur l'individu indésirable qui a enfreint les lois et ils vont procurer au jugement pénal le sceau de la vérité scientifique.

Les sept chapitres qui suivent cette introduction cherchent à étayer l'hypothèse de départ à l'effet que la diversité des approches philosophiques entre le droit et les sciences n'est qu'un mythe parce qu'en réalité leurs discours sont complémentaires. Ainsi, au chapitre deuxième, l'auteure cerne les premiers efforts et certaines erreurs d'une science médicale qui s'affirme de plus en plus dans le champ de la maladie mentale, alors qu'au chapitre suivant c'est au tour de la criminologie de s'étaler au grand jour avec toutes ses hésitations et certains problèmes de parcours. Au quatrième chapitre, l'auteure oppose médecins et juristes qui remettent en question, chacun à leur manière, le caractère moral de la responsabilité tout en le préservant. Les quatre derniers chapitres nous transportent dans le concret de la pratique judiciaire pour examiner d'un peu plus près les discours particuliers qui s'attachent aux genres, masculin ou féminin, et aussi ceux qui gèrent la vision culturelle en fonction des différentes classes sociales.

L'auteure a choisi au chapitre cinquième de parler des femmes, de l'hystérie et de l'hypnose. Elle en arrive à la conclusion que la vision médicale qui s'ajoute à la vision religieuse traditionnelle ne fait que renforcer la thèse à l'effet que les femmes sont essentiellement incapables et dominées, sauf dans les

affaires domestiques, et qu'elles doivent à tout prix être protégées. La grande misogynie évidente durant tout ce siècle, soutient l'historienne, se reflète également au chapitre suivant lorsqu'il est question des crimes passionnels commis par les femmes. Pour leur part, les chapitres sept et huit nous présentent un homme, par essence violent et plus porté naturellement vers l'alcoolisme. La vision à l'égard de cet homme, aussi capable de crimes de passion (chapitre huit), possède aussi des variantes importantes suivant qu'il fasse partie de la classe bourgeoise ou des classes laborieuses (duels ou violences de rues), suivant qu'il travaille ou qu'il soit de ces sous-espèces ("sub species") qui sont pauvres et irrémédiablement atteintes².

D'aucuns prétendront qu'il s'agit là d'une thèse profondément féministe et même anti-capitaliste, et par voie de conséquence, dangereuse. Mais, en analysant objectivement les données qui ressortent des jugements à caractère social, Ruth Harris n'avait d'autre but que d'inciter à se tourner vers les vraies solutions aux grands problèmes de nos sociétés, afin d'aider les professions à jouer un rôle déterminant au XXI^e siècle. Puisqu'aucun des problèmes de la criminalité et du désordre mental n'a été résolu et qu'au contraire, ils prolifèrent, elle propose une nouvelle approche judiciaire et institutionnelle pour rendre compte de la complexité des réalités sociales et pour modifier enfin la perception culturelle que l'on a les uns les autres tout en réaménageant les rôles que chacun a à jouer. On peut certes ne pas être entièrement d'accord avec son interprétation mais nous l'endossons lorsqu'elle cherche à procurer à la société des valeurs réaffirmées pouvant mieux servir de support au système. Le droit retrouverait ainsi sa vraie mission.

Il s'agit pour nous d'une thèse magistrale par l'ampleur de la réflexion qu'elle force le lecteur à assumer. Si l'auteure a bien voulu s'exposer aux foudres des durs du libéralisme capitaliste et du positivisme légaliste, ce n'est pas pour détruire le système mais bel et bien pour l'améliorer. La lucidité de Ruth Harris n'a d'égal que la pondération et l'objectivité de sa réflexion. Elle nous force à penser que nos sociétés seraient mieux servies si les résultats des efforts de la science pouvaient être polarisés dans l'intérêt des objectifs modernes du droit pénal, en dehors de la mentalité de détention qui a suivi la fin de l'exemplarité et qui se maintient encore aujourd'hui au détriment de la réinsertion sociale réussie. Il s'ensuivrait une décongestion du judiciaire, des mesures plus efficaces de prévention, et de nouveaux programmes de réhabilitation, sous l'oeil vigilant du judiciaire et sans détention à outrance. Pour cela, il n'est pas

2. Les procès que l'historienne sort de l'ombre ont lieu au moment où Cesare Lombroso fait connaître les résultats de ses recherches sur les causes physiologiques et psychologiques de la criminalité (*Born Criminal* 1875). Vingt ans plus tard, soit en 1895, il publiera aussi sur la prostituée-née. Pour plus de renseignements, voir les pages 81 et 327 de l'ouvrage de Ruth Harris.

nécessaire d'abolir la thèse classique de la responsabilité pénale ni de créer une organisation médico-administrative de défense sociale, du moins c'est ce que nous avons pu faire ressortir du texte. Il suffit de vouloir préserver la dignité de l'homme par sa raison, de croire en son potentiel de réhabilitation et d'utiliser toutes les ressources conjuguées des sciences du comportement pour organiser le pardon social et non la répression.

Le XXI^e siècle a beaucoup moins besoin de symptômes que de nouvelles techniques thérapeutiques, beaucoup moins besoin de justifications à la criminalité que de mesures préventives plus efficaces pour éliminer les problèmes sociaux de certaines régions plus touchées par la criminalité. Il restera au droit à élaborer une véritable philosophie pénale, tournée vers la guérison, encadrée judiciairement par des experts et non uniquement préoccupée du potentiel de dangerosité. Pour réussir dans ces objectifs, nous soumettons qu'il faut avoir recours le plus rapidement possible à la pluridisciplinarité. Il y a de la place pour une kyrielle d'intervenants sur l'échiquier de la préservation de l'ordre social et de l'amélioration des conditions de la liberté individuelle. Le droit ne peut plus cheminer seul. C'est le message que nous livre Ruth Harris dans une oeuvre historique qui saura plaire à ceux qui s'intéressent aux multiples dimensions du droit.